Da. VI. 80/d

F. c.
o 83
3.

Das

Römische Privatrecht

in

seiner heutigen Anwendung.

Von

Dr. Albrecht Schweppe.

Nach des Verfassers Tode fortgesetzt

von

Dr. Wilhelm Meier

Lehrer des Berg- und Forstrechts am königl. Institute zu Clausthal.

Vierte, über das Doppelte vermehrte und als Handbuch bearbeitete Ausgabe.

KÖNIGLICHE BIBLIOTHEK BAMBERG

Vierter Band.

Familienrecht.

Göttingen,

bei Vandenhoeck und Ruprecht.

1832.

von

Heinrich Heine

in

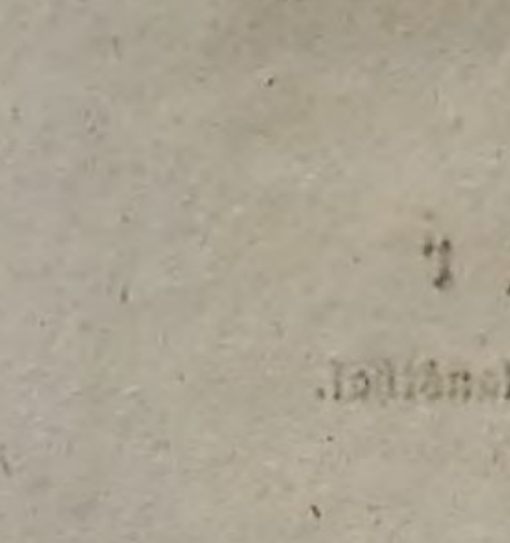
seinen heutigen Stimmungen.

von

Dr. Albrecht Schaeffer

Lehrer des Berg- und Vorschule am Königl. Pädagogium in Clausthal.

Nicht, über das Gespielte vernehmlire und als Handbuch
benutzbarer Auszug.



Barmen.

1853.

Vorrede.

Indem ich bei diesem Theile im Allgemeinen wiederholen möchte, was vor dem dritten Theile gesagt und gebeten worden ist, kann ich nicht unangemerkt lassen, daß ich im Familienrechte öfter, als im Obligationenrechte, geglaubt habe, von der Ansicht meines Vorgängers abweichen zu müssen. Ohne auf die einzelnen Stellen, unter denen ich z. B. §. 687., von der Theilung der Früchte der Dos, anführen könnte, besonders hinzuweisen, wage ich zu hoffen, daß vergleichende Kenner den Grund der Abweichungen nicht mißbilligen werden; ich habe sie mir nur da erlaubt, wo ich die Ansichten des sel. Schweppe durch gründliche neuere Forschungen für widerlegt halten mußte. — Der Ordnung desselben, sogar in der Voranstellung des Abschnittes von der väterlichen Gewalt vor dem von der Ehe, bin ich aus der beim dritten Bande angegebenen Ursache treu geblieben. Doch war eben

deßwegen und um die zerrissenen Lehren wieder mit einander zu verbinden, in einzelnen Paragraphen eine manchmal an Wiederholung grenzende Erwähnung kaum vermeidlich. Der Zweck des Buchs wird diese rechtfertigen.

Gern hätte ich die geschichtliche Grundlage des im ältern Römischen Rechte so consequenten Familienrechtes noch mehr, als geschehen, nachgewiesen und mit den heutigen Lehren verglichen, — da man, wegen der Abweichung unsrer Sitten, das Historische zum völligen Verständniß auch vorzüglich dieses Theiles der Wissenschaft als nothwendig ansehen darf; eine solche Erweiterung verboten jedoch Anlage und Grenze des ganzen Werkes, von denen ich mich nicht entfernen konnte.

Clausthal den 20. Mai 1832.

Meier.

Inhalt.

Besonderer Theil.

Drittes Buch.

Vom Familienrechte. §. 639.

Erstes Hauptstück.

Von der Verwandtschaft und Schwägerschaft.

I. Von der Verwandtschaft.
   A. Von der Cognation. §. 640.
   B. Von der Agnation. §. 641.
   C. Von den Folgen der Verwandtschaft. §. 642.
II. Von der Schwägerschaft §. 643.

Zweites Hauptstück.

Von der väterlichen Gewalt.

1. Abschn. Von dem älterlichen Verhältnisse zu den Kindern überhaupt. §. 644.
2. Abschn. Von der väterlichen Gewalt. §. 645.
   1. Abthl. Von den Wirkungen der väterlichen Gewalt.
      I. Von der Einheit der durch väterliche Gewalt verbundenen Personen. §. 646.

II. Von den Rechten des Vaters über die Person des Kindes. §. 647.

III. Von dem Erwerb des Vaters durch die Kinder. §. 648.

IV. Von dem Peculium des Kindes. §. 648. a.

A. Vom peculium profectitium. §. 649.

B. Vom peculium militare. §. 650.

C. Vom peculium adventitium.

1. Dahin gehörige Fälle. §. 651.
2. Rechte daran. §. 652.
3. Peculium adventitium irregulare. §. 653.

V. Von den Verbindlichkeiten des Vaters und Kindes aus Handlungen des Letztern.

A. Von der Verbindlichkeit des Vaters.

1. Bei ertheiltem Geheiß. §. 654.
2. Bei Gestattung eines peculii.
   a. Actio de peculio. §. 655.
   b. Actio tributoria. §. 656.
3. Im Falle der versio in rem. §. 657.

B. Von den Verbindlichkeiten des Kindes. §. 658.

C. Vom SC. Macedoniano.

1. Umfang des Senatusconsultes. §. 659.
2. Beschränkungen des Senatusconsultes. §. 660.

2. Abthl. Von Entstehung der väterlichen Gewalt.

I. Entstehung durch Zeugung. §. 661.

II. Entstehung durch Legitimation.

A. Begriff und Erfordernisse. §. 662.

B. Wirkung. §. 663.

III. Entstehung durch Adoption.

A. Begriff. §. 664.

B. Erfordernisse. §. 665.

C. Wirkungen. §. 666.

D. Annahme eines Pflegkindes. §. 667.

3. Abthl. Von Erlöschung der väterlichen Gewalt.
I. Durch Tod. §. 668.
II. Bei Lebzeiten.
A. Ohne capitis diminutio des Kindes. §. 669.
B. In Verbindung mit einer capitis diminutio des Kindes. §. 670.
1. Erfordernisse der Emancipation. §. 671.
2. Wirkungen der Emancipation. §. 672.
3. Wiederaufhebung der Emancipation. §. 673.

Drittes Hauptstück.

Von der Ehe. §. 674.

Vom kirchlichen Charakter des Ehevertrags. §. 675.

1. Abschn. Von den Rechten der Ehe.
1. Abthl. Von den Rechten in Rücksicht der persönlichen Verhältnisse der Ehe. §. 676.
2. Abthl. Von den Rechten der Ehe in Rücksicht des Vermögens.
I. Von den durch die Ehe veranlaßten Vermögensrechten überhaupt und von der dos im Allgemeinen. §. 677.
A. Von Bestellung der Dos.
1. dos necessaria. §. 678.
2. dos voluntaria. §. 679.
3. Gemeinschaftliche Bestimmungen. §. 680.
B. Von den Rechten an der Dos während der Ehe.
1. Von denen des Mannes. §. 681.
2. Von den Rechten der Frau. §. 682.
C. Von der Zurückgabe des Heirathsgutes. §. 683.
1. Personen, an welche die Zurückgabe geschieht. §. 684.
2. Gegenstand der Zurückgabe. §. 685.
3. Zeit und Ort der Zurückgabe. §. 686.
4. Theilung der Früchte. §. 687.

5. Bekenntniß über den Empfang der Dos. §. 688.
6. Gegenforderungen des Mannes. §. 689.
7. Vindicationsrecht der Frau. §. 690.

D. Von einzelnen Arten der Dos.
1. Vom ususfructus dotis causa datus. §. 691.
2. Von der äſtimirten Dos. §. 692.
3. Von der pränumerirten Dos. §. 693.

II. Von der donatio propter nuptias. §. 694.

III. Von den Paraphernen. §. 695.

IV. Von den Ehepacten. §. 696.

V. Von den ehegeſellſchaftlichen Erwerbungen und Schulden. §. 697.

VI. Von Schenkungen unter Ehegatten.
A. Bedingungen der Ungültigkeit. §. 698.
B. Folgen der Ungültigkeit. §. 699.
C. Convaleſcenz der Schenkung. §. 700.
D. Ausnahmen der Ungültigkeit. §. 701.

VII. Vom Einfluß der Ehe auf den Diebſtahl. §. 702.

3. Abthl. Von den Rechten der Ehe in Rückſicht der Kinder. §. 703.

2. Abſchn. Von Eingehung der Ehe.

I. Von den Ehehinderniſſen.
A. Allgemeine Grundſätze. §. 704.
B. Einzelne Ehehinderniſſe. §. 705. 706. 707.

II. Von dem Ehecontracte.
A. Von den Perſonen, deren Einwilligung zur Eingehung der Ehe erforderlich iſt. §. 708.
B. Von den Eigenſchaften der Einwilligung, beſonders der Gatten ſelbſt.
1. Willensbeſtimmung. §. 709.
2. Willenserklärung. §. 710.

3. Abſchn. Von Aufhebung der Ehe.
I. Von der Aufhebung durch Annullation. §. 711.
II. Von der Aufhebung durch Tod. §. 712.

III. Von der Aufhebung durch Scheidung.

A. Zulässigkeit der Scheidung.

1. Nach den Grundsätzen des Röm. Rechts. §. 713.
2. Nach den Grundsätzen der christlichen Kirche. §. 714.
3. Gemeinschaftliche Bestimmungen. §. 715.

B. Folgen der Scheidung.

1. In Rücksicht der Eheleute. §. 716.
2. In Rücksicht der Kinder. §. 717.

C. Erneuerung der geschiedenen Ehe. §. 718.

4. Abschn. Von der zweiten Ehe.

I. Zulässigkeit. §. 719.

II. Nachtheile. §. 720.

III. Trauerjahr. §. 721.

IV. Unzucht der Frau. §. 722.

5. Abschn. Von dem Verlöbniß.

I. Begriff. §. 723.

II. Wirkungen des Verlöbnisses. §. 724.

III. Eingehung des Verlöbnisses. §. 725.

IV. Aufhebung des Verlöbnisses. §. 726.

V. Vom Mahlschatz und von den Brautgeschenken. §. 727.

6. Abschn. Von der Verführung zum Beischlafe. §. 728.

7. Abschn. Vom Concubinate. §. 729.

Viertes Hauptstück.

Von der Vormundschaft. §. 730.

1. Abschn. Von der Obervormundschaft. §. 731.

2. Abschn. Von der Vormundschaft.

1. Abthl. Von den Arten der Vormundschaft.

I. Von der Tutel. §. 732.

A. Entstehung der Tutel.

1. Fähigkeit überhaupt. §. 733.

2. Delation der Tutel. §. 734.
a. Testamentarische Tutel. §. 735.
b. Gesetzliche Tutel. §. 736.
c. Dativtutel. §. 737.
3. Uebernehmung der Tutel. §. 738.
B. Aufhebung der Tutel. §. 739.
C. Verhinderung des Tutors.
1. Im Allgemeinen. §. 740.
2. Einzelne Verhinderungen.
a. Bei der Tutel überhaupt.
α. Persönliche Unfähigkeit zur Verwaltung der vormundschaftlichen Geschäfte. §. 741.
β. Excusation. §. 741. a.
γ. Nominatio potioris. §. 741. b.
δ. Absetzung. §. 741. c.
b. Bei der testamentarischen Tutel insbesondre. §. 742.
II. Von der Curatel.
A. Allgemeine Grundsätze. §. 743.
B. Einzelne Arten.
1. Mit dem Verwaltungsrechte.
a. Cura pupilli. §. 744.
b. Cura minoris. §. 745.
c. Curatel über Wahnsinnige, Verschwender, Gebrechliche. §. 746.
2. Ohne Verwaltungsrecht. §. 747.
III. Von der Vormundschaft über Hauskinder. §. 748.
2. Abthl. Von den Rechtsverhältnissen aus der Vormundschaft.
1. Tit. Von den gegenseitigen Verbindlichkeiten des Vormundes und Pfleglings.
I. Verbindlichkeiten des Vormundes.
A. Des Vormundes selbst.
1. In Rücksicht der Person des Pfleglings. §. 749.

2. In Rücksicht des Vermögens des Pfleglings.
a. Allgemeine Bestimmungen. §. 750.
b. Besondere Bestimmungen.
α. Ueber Erhaltung und Vermehrung des Vermögens. §. 751.
β. Ueber Anlegung der vormundschaftlichen Gelder. §. 752.
γ. Ueber die Verbindlichkeit des Vormundes zur Zinszahlung. §. 753.
δ. Ueber die Endigung der vormundschaftlichen Administration. §. 754.
ε. Ueber die actio rationibus distrahendis. §. 755.

B. Verbindlichkeiten Anderer für den Vormund.
1. Andere Privatpersonen. §. 756.
2. Der Obrigkeit. §. 757.

II. Verbindlichkeiten des Pfleglings. §. 758.

2. Tit. Von dem Dispositionsrechte des Vormundes.
I. Allgemeine Bestimmungen. §. 759.
II. Beschränkungen der Rechte des Vormundes.
A. In Rücksicht der Ausübung einer Freigebigkeit. §. 760.
B. In Rücksicht der Veräußerungen. §. 761. 762.
C. In Rücksicht der Annahme von Zahlungen. §. 763.
D. In Rücksicht der Geschäfte mit dem Pflegling. §. 764.

3. Tit. Von dem Erwerb von Rechten und Contrahirung von Verbindlichkeiten für den Pflegling.
I. Durch den Pflegling mit Zuziehung des Vormundes. §. 765.
II. Bloß durch den Vormund. §. 766.

4. Tit. Von der Beschränkung des Pfleglings durch den Vormund. §. 767.

5. Tit. Von dem gegenseitigen Verhältnisse mehrerer Vormünder.

I. Mehrerer gleichzeitiger Vormünder.

A. Ohne besondre Anordnung. §. 768.

B. Bei besonderen Anordnungen. §. 769.

II. Mehrerer auf einander folgender Vormünder. §. 770.

6. Tit. Von Unzulässigkeit gewisser Handlungen des Vormundes. §. 771.

3. Abschn. Von den Nichtvormündern, welche als Vormünder handeln. §. 772.

Drittes Buch.

Vom Familienrechte.

§. 639.

Das Römische Recht gab den an sich bloß natürlichen Verhältnissen des Mannes zum Weibe und der Aeltern zu den Kindern rechtlichen Bestand und fügte nicht nur eigenthümliche Gestaltungen dieser anerkannten Naturverbindungen hinzu, sondern bildete auch die Lehre von der Sclaverei, als consequente Folge der Römischen Hausherrlichkeit, nebst dem Institute der Vormundschaft aus. Alle in diesem Bereich entstehenden Rechte finden gegen Personen Statt und scheinen in dieser Beziehung einige Aehnlichkeit mit den obligatorischen Befugnissen zu haben; aber sie gehen keineswegs auf einzelne Leistungen und haben daher mit den Obligationen nichts gemein. Vielmehr sind sie auf eine allgemeine Unterordnung einer abhängigen Person unter die befugte Person gerichtet und man hat ihnen [1])

1) Nach Kant's Beispiel. Vgl. Hugo, jur. Encyclop. 4. Ausg. §. 8. — Unterholzner, jur. Abhandl. Th. 1. S. 121. — Heise, Abriß des gem. Civilr. 3. Ausg. S. 16. 17. 129.

daher sehr paßlich den Namen „dinglich-persönlicher Rechte" gegeben, vor welchem die gleichbedeutende Bezeichnung Familienrecht bloß eine gewisse Bequemlichkeit vorauszuhaben scheint. Manche trennen das eigentliche oder reine Familienrecht im Vortrage von dem angewandten, d. i. denjenigen Lehren des Vermögensrechts, welche als eigenthümliche Modificationen des Sachen- und Obligationenrechtes durch die reinen Familienverhältnisse gebildet werden; eine Trennung, die keinen Vortheil mit sich führt, am wenigsten für das System des Römischen Rechts, dessen Urheber ohnehin für nichts weniger als philosophische Eintheilungen und streng logische Trennungen abstracter Begriffe Sinn zeigten; — wohl aber den Nachtheil veranlaßt, daß man beim angewandten Familienrechte viele Sätze des reinen wiederholen muß. — Wenn das Obligationenrecht vorzugsweise die Willkür der Privaten in ihren Rechtsangelegenheiten nachweiset, bloß innerhalb der Schranken einer vernünftigen durch Leben und Sitte zuerst eingeführten, dann positiv gewordenen Form: so hat das Familienrecht weit mehr den Charakter einer Annäherung an das öffentliche Recht, welche auch originelle Denker bewogen hat [1]), es in seinem jetzigen Bestande (d. i. ohne die Lehre von der Sclaverei) zum Regierungs- und namentlich zum Polizeirechte zu ziehen. Jedoch scheint die Ansicht, welche den unterscheidenden Charakter des Privatrechtes auch im Familienrechte überwiegend findet, bei Weitem den Vorzug zu verdienen. Indessen gehört allerdings zu den leitenden Grundsätzen im Familien-

1) Thibaut, Pand.-System, besonderer Theil, I. Regierungsrecht, 1. Cameral- u. Finanzrecht; 2. Polizeirecht. a. Von der väterlichen Gewalt (und dabei von der Ehe), b. Ueber Vormundschaften. §. 341. ff.

rechte, daß in demselben das Interesse des Staats am rechtlichen Bestande der Ehe, der väterlichen Gewalt und der Vormundschaften als wesentlich einwirkend betrachtet und daher der Willkür der Privaten in Behandlung dieser Verhältnisse viel mehr entzogen ist, als bei den bloß obligatorischen Rechten. — Im genauern Sinne des Wortes „Vermögen" gehören dazu keineswegs Ehe, väterliche Gewalt, Vormundschaft und die damit meistens in Verbindung stehenden Verhältnisse der Verwandtschaft. Jedoch werden die daraus entsprungenen Rechte, wie andre, behauptet und im Falle der Verweigerung gerichtlich verfolgt. Die Klagen darauf heißen actiones praejudiciales [1]) und können auch noch jetzt als actiones in rem dargestellt werden, weil sie nicht nach Art der Obligation auf eine einzelne persönliche Leistung gehen [2]). Nach der Römischen Ansicht bilden sie neben den actiones in rem und den act. in personam eigentlich keine dritte Gattung. Die Parteirollen sind zwischen zweien vertheilt, von denen des Einen Familienverhältniß bestritten oder in seinen behaupteten Folgen verweigert wird, und von denen der Andre entweder das nächste Interesse der Bestreitung hat oder ein Solcher ist, von dessen Anerkennung der gegentheiligen Behauptung die formelle Wahrheit derselben abhängen würde [3]). Jedoch kann dieser eben so gut negativ klagen, wie Jener affirmativ; mithin können beide

1) §. 13. I. de act. (4. 6.) Meisteri princ. jur. Rom. Vol. I. §. 171—176. Es wird dadurch über eine vorläufige Frage gestritten. Von dem erfolgten Ausspruche kann dann Gebrauch gemacht werden für ein weiteres Recht, z. B. nach Anerkennung der Vaterschaft ist die Klage auf Alimente begründet.

2) Warum sie actiones in rem heißen, erklärt sich geschichtlich, s. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts Thl. 3. §. 69. S. 215. 216.

3) l. 3. D. de collus. detteg. (40. 16.)

Theile Kläger seyn, und, ob der eine oder der andre dieß im wirklichen Processe ist, kommt bloß darauf an, wer die Klage angefangen hat. Der bisher bestehende und anerkannte Zustand macht den Standpunct aus, von welchem die Beweislast angesehen werden muß. Derjenige der beiden Theile, welcher etwas behauptet, das gegen den bisherigen Zustand streitet und geleugnet wird [1]), muß den Beweis führen. Diese Präjudicialklagen verjähren [2]) erst binnen 40 Jahren. Wenn der persönliche Stand eines Unmündigen bestritten [3]) wird: so bleibt die Klage desselben bis zu dessen Pubertät ausgesetzt, während welches Verzugs jedoch der Unmündige nicht als Besitzer angesehen werden soll. — Eine Folge des Gewichtes, welches der Staat wegen seines Interesse an der strengen Ordnung der Familienverhältnisse, auf die Entscheidung der Präjudicialklagen legt, ist die, daß selbst für dritte Personen dasjenige als Recht gilt, was unter den gehörig zur Sache legitimirten Parteien rechtskräftig erkannt [4]) worden ist, es mag dem Dritten schaden oder nützen. Aus demselben Grunde können auch über Präjudicialklagen des Familienrechtes Vergleiche oder Compromisse nicht geschlossen werden [5]). Wenn dagegen im angewandten Familienrechte geklagt wird, so gehen die Folgen der Klage nebst der Befugniß der Parteien,

1) l. 8. l. 14. l. 20. D. de prob. (22. 3) l. 41. pr. D. de lib. caus. (40. 12.)

2) l. 4. C. de praescr. 30 vel 40 annor. (7. 39.)

3) Placet omnes controversias, quae quasi status controversiam continent, in tempus pubertatis differri; sed non ut in possessione sit, status controversia dilata, sed sine possessione. l. 7. §. 1. D. de ventre in poss. mitt. (37. 9)

4) l. 1. §. 16. l. 2. l. 3. pr. D. de agnosc. lib. (25. 3.) „Placet enim ejus rei judicem jus facere.“

5) l. 32. §. 7. D. de recept. (4. 8.)

willkürlich ein Abkommen zu treffen, nach den bei dem gewöhnlichen Vermögen geltenden Principen.

Erstes Hauptstück.

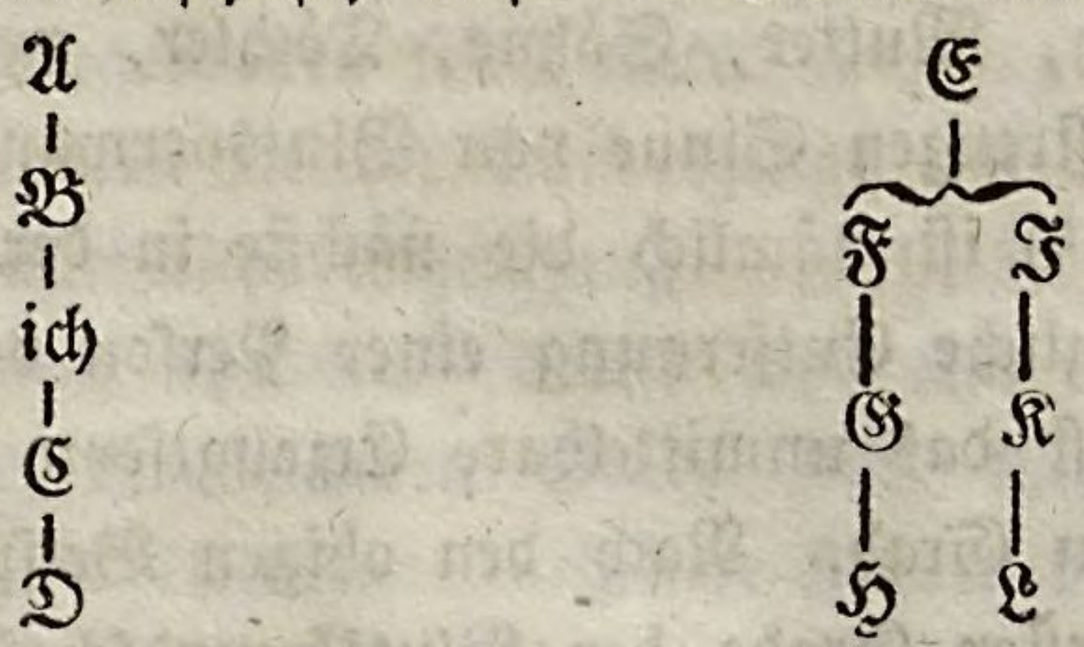
Von der Verwandtschaft und Schwägerschaft.

I. Von der Verwandtschaft [1]).

A. Von der Cognation.

§. 640.

Cognation, Blutsfreundschaft, natürliche Verwandtschaft, ist die Verbindung mehrerer Personen, welche sich auf Erzeugung oder auf die sogenannte Einheit des Blutes [2]) (jus sanguinis) gründet, die unter ihnen Statt findet. Blutsfreundschaft mithin ist ein Verhältniß, das zwischen Personen entweder dadurch eintritt, daß eine von ihnen der andern unmittelbarer oder mittelbarer Abkömmling ist; oder dadurch, daß sie gemeinschaftlich (nahe oder entfernt) von einem Dritten [3]) abstammen. Jene Verbindung nennt man die gerade Linie der Blutsfreundschaft, diese die Seitenlinie.



1) Hugo heut. R. R. 7te girten, bloß bürgerlichen Verwandtschaft.

Aufl. S. 169. ff. Walter Lehrbuch des Kirchenr. 3te Aufl. §. 241.

2) l. 23. D. de adopt. (1. 7.) Hierdurch unterscheidet sich die Blutsfreundschaft von der finmung, sind keine Verwandtschaft.

3) l. 9. D. de gradibus (38. 10.) v. Bynkershoek obs. lib. 5. c. 10. Andere Verbindungen, als mittelst dieser Abstam-

A ist der Vater von B, der Großvater von mir, C ist mein Sohn und D mein Enkel; diese fünf Personen stehen mit einander in der geraden Linie der Verwandtschaft. F, G, H und I, K, L sind von dem gemeinschaftlichen Stammvater E die Abkommen; dieser ist also mit jedem von ihnen in der graden Linie verwandt; F oder G oder H sind aber in der Seitenlinie mit I, oder mit K, oder mit L verwandt, und umgekehrt I, K, L mit F, G, H ebenfalls Seitenverwandte unter einander. In der geraden Linie heißen Alle, von denen Jemand abstammt, seine Ascendenten, und die, welche von ihm abstammen, seine Descendenten; wofür auch, vom Standpuncte dieser bestimmten Person aus, linea superior und inferior gesagt wird. In obigem Beispiele sind A und B meine Ascendenten, C und D meine Descendenten. Die Römer nennen alle Ascendenten [1]) parentes, wofür man im Deutschen [2]) nicht Aeltern, jedoch allenfalls Vorfahren, im weitern Sinne des Worts, sagen kann. Unter liberi begreift das Röm. Recht alle Descendenten [3]), welche wiederum durch das Wort Kinder nicht bezeichnet werden können; Nachkommen ist ein passendes Wort dafür. Die Namen [4]) Vater, Mutter, Söhne, Töchter, versteht man immer nur im strengen Sinne von Blutsverwandten ersten Grades. Grad [5]) ist nämlich die nächste in der Blutsverwandtschaft mögliche Entfernung einer Person von der andern, mithin ist das unmittelbare Erzeugtseyn des Einen vom Andern ein Grad. Nach den obigen Beispielen steht A mit B im ersten Grade der Blutsfreundschaft, A mit

1) l. 51. D. de V. S. (50. 16.)
2) Pufendorf T. 3. obs. 4. Unter Aeltern versteht man bei uns rechtlich bloß die Vorfahren ersten Grades, Vater und Mutter.
3) l. 220. pr. D. de V. S. (50. 16.)
4) l. 6. D. de test. tut. (26. 2.)
5) l. 10. §. 10. D. de gradibus. (38. 10.)

D im vierten; F mit I im zweiten (nämlich F mit E im ersten und E mit I im ersten, folglich F mit I im zweiten); denn Geschwister haben keine nähere Verwandtschaft mit einander, als durch ihre Aeltern. (H steht mit L im sechsten, mit K im fünften Grade.) Die Nähe der Seitenverwandtschaft kann also nach Röm. Rechte nicht anders berechnet werden, als daß man von dem Einen, dessen Entfernung vom Andern berechnet werden soll, bis zu dem gemeinschaftlichen Vorfahr die einzelnen Zeugungen, welche zwischenliegen, hinauf zählt und von diesem wieder bis zu dem Andern hinabrechnet [1]). — Unter den Seitenverwandten (linea transversa) nehmen natürlich Jemandes Geschwister die ihm nächste Stelle ein. Man versteht darunter [2]) sowohl die vollbürtigen, d. i. welche zusammen von demselben Vater und derselben Mutter erzeugt sind, als die halbbürtigen, welche entweder denselben Vater, aber verschiedene Mütter, oder dieselbe Mutter, aber verschiedene Väter haben [3]). — Das Römische Recht erkennt (von manchen andern Rechten darin abweichend) dem Erstgebornen zwar keine Vorrechte zu; doch unterscheidet man der Natur gemäß unter Descendenten die früher Gebornen von den Nachgebornen selbst unter Zwillingen [4]). — Sind die Verwandten in der Ehe erzeugt und liegt zwischen ihnen keine uneheliche Erzeugung: so heißt auch die Verwandtschaft eine eheliche. Diese setzt also in der ganzen Reihe der zu berechnenden Grade stets eheliche Kinder voraus (justi, legitimi). Uneheliche Kinder heißen spurii, vulgo quaesiti, illegitimi, wenn sie aus einem gemeinen Stu-

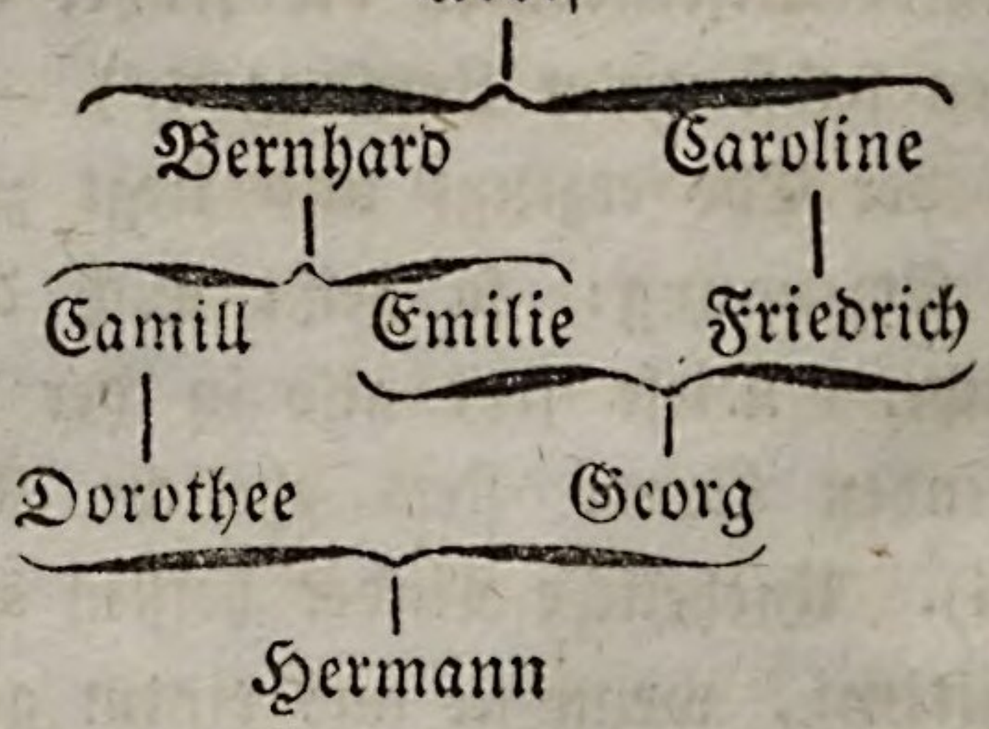
1) l. 7. I. de grad. cogn. (3. 6.) l. 10. §. 9. D. de grad. (38. 10.)

2) v. Quistorp rechtl. Bemerk. II, 55.

3) Hugo Civ. Mag. Bd. 4. Nr. 7.

4) l. 15. D. de statu hom. (1. 7.)

prum herrühren; incestuosi, wenn bei ihrer Erzeugung eine Blutschande; adulterini, wenn dabei ein Ehebruch begangen wurde; naturales aber heißen im Röm. Rechte bloß diejenigen unehelichen Kinder, welche aus einem Concubinate [1]) im strengen Sinne des Worts entsprungen sind. Ist Verwandtschaft zwischen zwei Personen gewiß, läßt sich aber nicht ausmitteln, ob sie ehelich oder unehelich sey, so muß die eheliche angenommen werden [2]). Ein uneheliches Kind ist mit seiner Mutter und deren Blutsfreunden, wie ein eheliches, verwandt; denn mater semper certa est. In Rücksicht auf den Vater und dessen Verwandte ist ein uneheliches Kind aber regelmäßig als gar kein Verwandter zu betrachten, weil nur der eheliche Vater rechtlich als Vater [3]) gilt (pater est, quem nuptiae demonstrant). — Von besondern Folgen ist noch die mehrfache Verwandtschaft. Sie tritt ein, wenn zwei Personen auf mehr als einerlei Weise, d. i. durch mehr als eine [4]) zusammenhängende Reihe von Graden mit einander verwandt sind. Sie kann zweifach, dreifach und noch vielfacher seyn; in der geraden und in der Seitenlinie vorkommen.



1) Das ist matrimonium sine dignitate, s. l. 49. §. 4. D. de leg. III. (32.), der Ehe zur linken Hand vergleichbar. — Cujacii Parat. ad Pand. lib. 25. tit. 7. ad C. l. 5. tit. 27.

2) Denn die uneheliche würde ein rechtswidriges oder unregelmäßiges Verhältniß voraussetzen, welches Beweis verlangt.

3) l. 4. §. 3. l. 5. D. de in jus voc. (2. 4.)

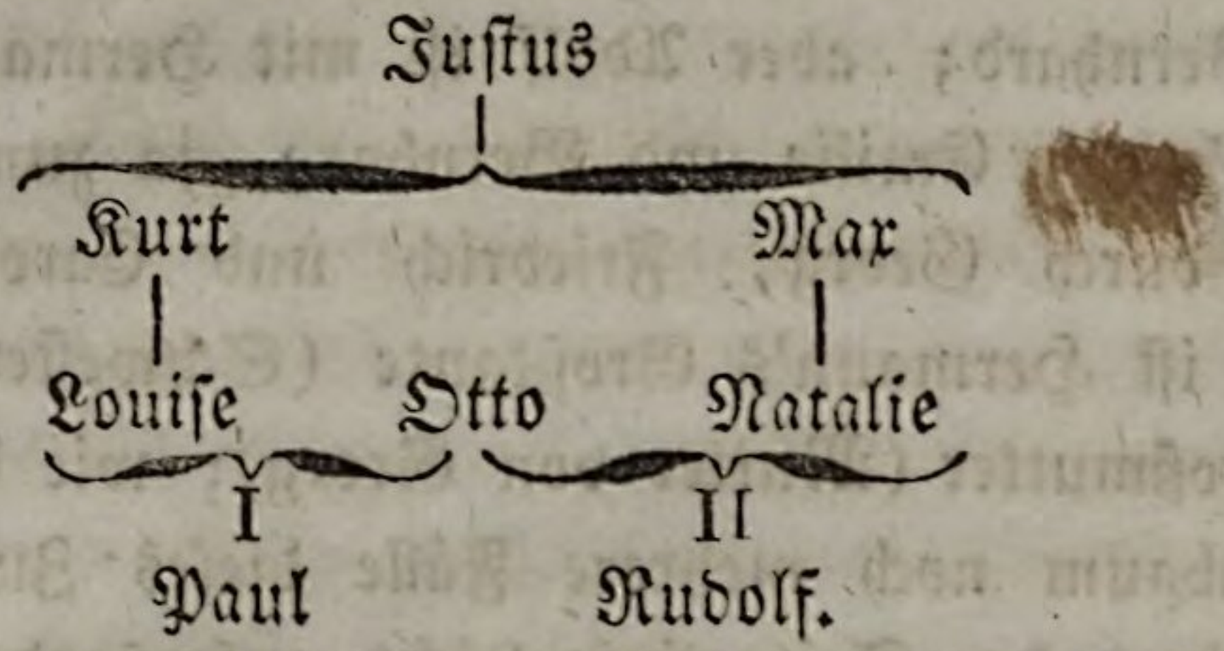
4) So daß man die eine Reihe der Verbindungen sich ganz weg-

Hier ist mehrfache Verwandtschaft in der geraden Linie. Hermann's Urgroßvater ist Adolf, nämlich durch die Mutter Dorothee, den Großvater Camill und den Urgroßvater Bernhard; aber Adolf ist mit Hermann ebenso auch durch Georg, Emilie und Bernhard, ja zum dritten Male ebenso durch Georg, Friedrich und Caroline verwandt. Emilie ist Hermann's Großtante (Schwester von Camill) und Großmutter (Mutter von Georg); wie denn in diesem Stammbaum noch mehrere Fälle dieses Zusammentreffens gerader und der Seitenlinie leicht aufgefunden werden können. — In der Seitenlinie kommt die mehrfache Verwandtschaft noch mannigfaltiger vor. Mit Beiseitsetzung der Concurrenz bloß bürgerlicher Verwandtschaft (s. §. 664—666) entsteht schon bei der eigentlichen Blutsverwandtschaft die mehrfache überhaupt in folgenden Fällen: A) Wenn zwei unter einander schon verwandte Personen sich heirathen und Kinder erzeugen: so tritt eine mehrfache Verwandtschaft zwischen diesen Kindern und allen Verwandten der Aeltern ein, nämlich einmal in Beziehung auf die väterliche und einmal mit der mütterlichen Reihe. (S. den eben gebrauchten Stammbaum. Auf demselben ist Georg mit allen Verwandten seines Vaters Friedrich und mit allen Verwandten seiner Mutter Emilie verwandt, und da diese beiden schon unter sich verwandt waren: so ist Georg mit ihren Verwandten doppelt verwandt. — Hermann ist, da seine Mutter und sein Vater schon unter einander verwandt, seine Großmutter Emilie aber auch schon Geschwisterkind mit seinem Großvater Friedrich gewesen ist, mit allen hier verzeichneten Personen sogar dreifach verwandt.) —

B) Wenn eine Person nach einander mehrere unter einan-

denken kann, und die Verwandtschaft dessen ungeachtet bleibt.

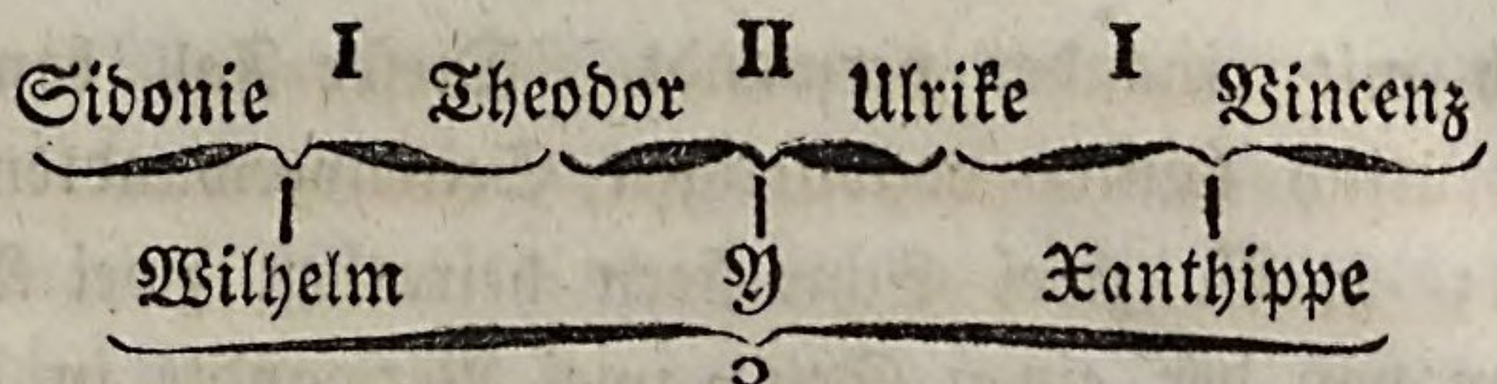
der verwandte Personen heirathet: so entsteht für die Descendenten aus den verschiedenen Ehen eine mehrfache Verwandtschaft unter einander.



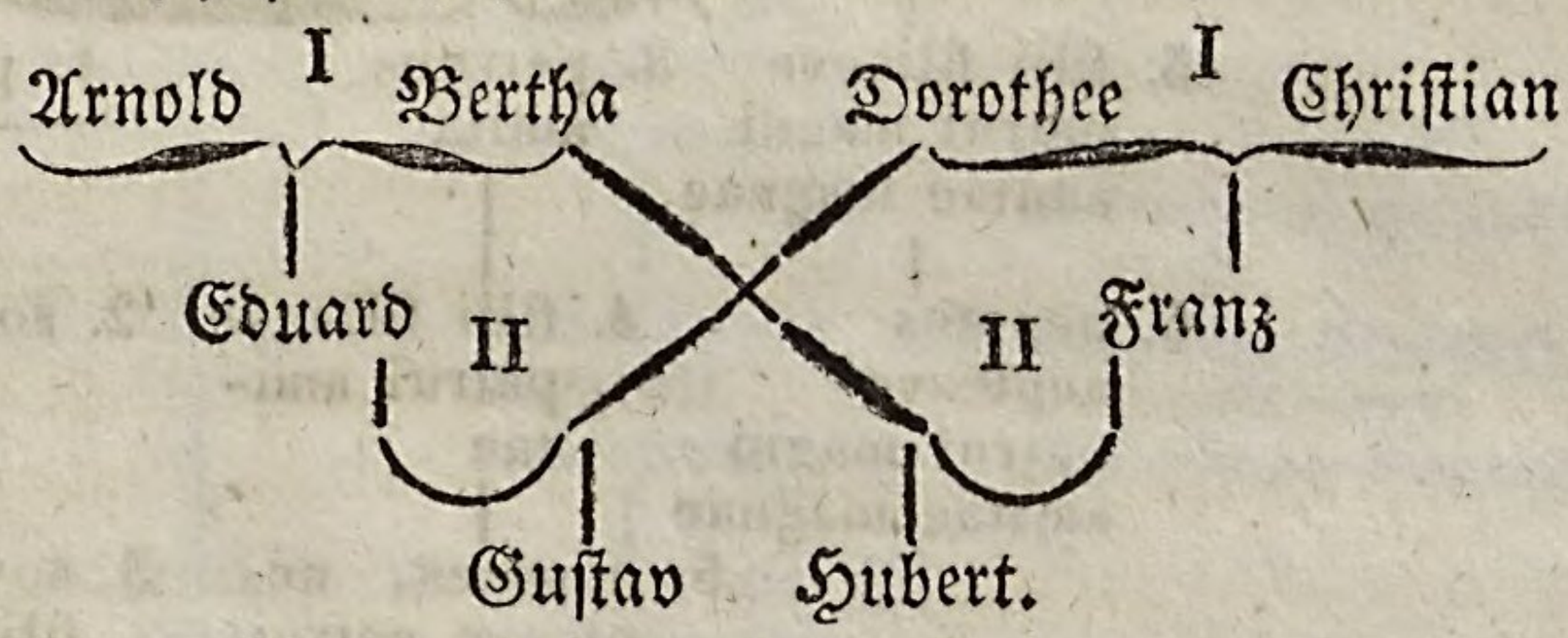
Paul ist durch seine Mutter Louise mit allen übrigen Personen dieses Stammbaums, mit Justus und denen, welche von Justus abstammen, verwandt, also auch mit Natalie und durch diese mit Rudolf, der zugleich sein Halbbruder, und mit dem er also doppelt verwandt ist. Eben so ist Rudolf durch seine Mutter Natalie mit Paul verwandt, der zugleich sein Halbbruder ist [1]). C) Wenn zwei unter einander verwandte Personen zwei andre unter sich verwandte Personen heirathen: so werden die Descendenten aus diesen beiden Ehen mit einander mehrfach verwandt. Hierbei sind wieder verschiedene Fälle unterscheidbar: a) entweder tritt dieß Verhältniß auf die Art ein, daß die Personen, welche die verschiedenen Ehen eingehen, in gerader Linie mit einander verwandt sind, z. B. [2])

1) Man bemerke hierbei, daß Paul durch Rudolf nicht mit Natalien, und Rudolf durch Paul nicht mit Louisen verwandt ist; denn zur Seitenverwandtschaft gehört, wie oben gelehrt worden, stets Abstammung von einem gemeinschaftlichen Stammvater. Zwei Personen, von denen jede mit einer dritten verwandt ist, sind darum noch nicht unter sich verwandt, z. B. der Stiefsohn ist mit der Stiefmutter, welche einen Sohn aus des Vaters zweiter Ehe geboren hat, nicht verwandt, obgleich dieser ihr Sohn sein Halbbruder ist, also sowohl sie als er mit demselben nahe verwandt sind.

2) In dem vorhergehenden und den folgenden Beispielen bezeichnet I die erste, II die zweite Ehe Jemandes.



Wenn nach Sidoniens Tode Theodor Ulriken, die Wittwe des Vincenz, heirathet und ein Kind (Y) von ihr bekommt; die mit diesem Paare in gerader Linie verwandten Wilhelm auf der einen und Xanthippe auf der andern Seite ebenfalls eine Ehe schließen und ein Kind haben (Z): so sind diese Kinder Y und Z mehrfach mit einander verwandt, von der einen Seite durch Wilhelm und Theodor, von der andern durch Xanthippe und Ulrike. (Zugleich wird das Kind Y der Oheim oder die Tante des Z). Hierher gehört auch folgender Fall, welcher in der einzigen Stelle vorkommt, wo das justinianeische [1]) Rechtsbuch mehrfache Verwandtschaft anführt:

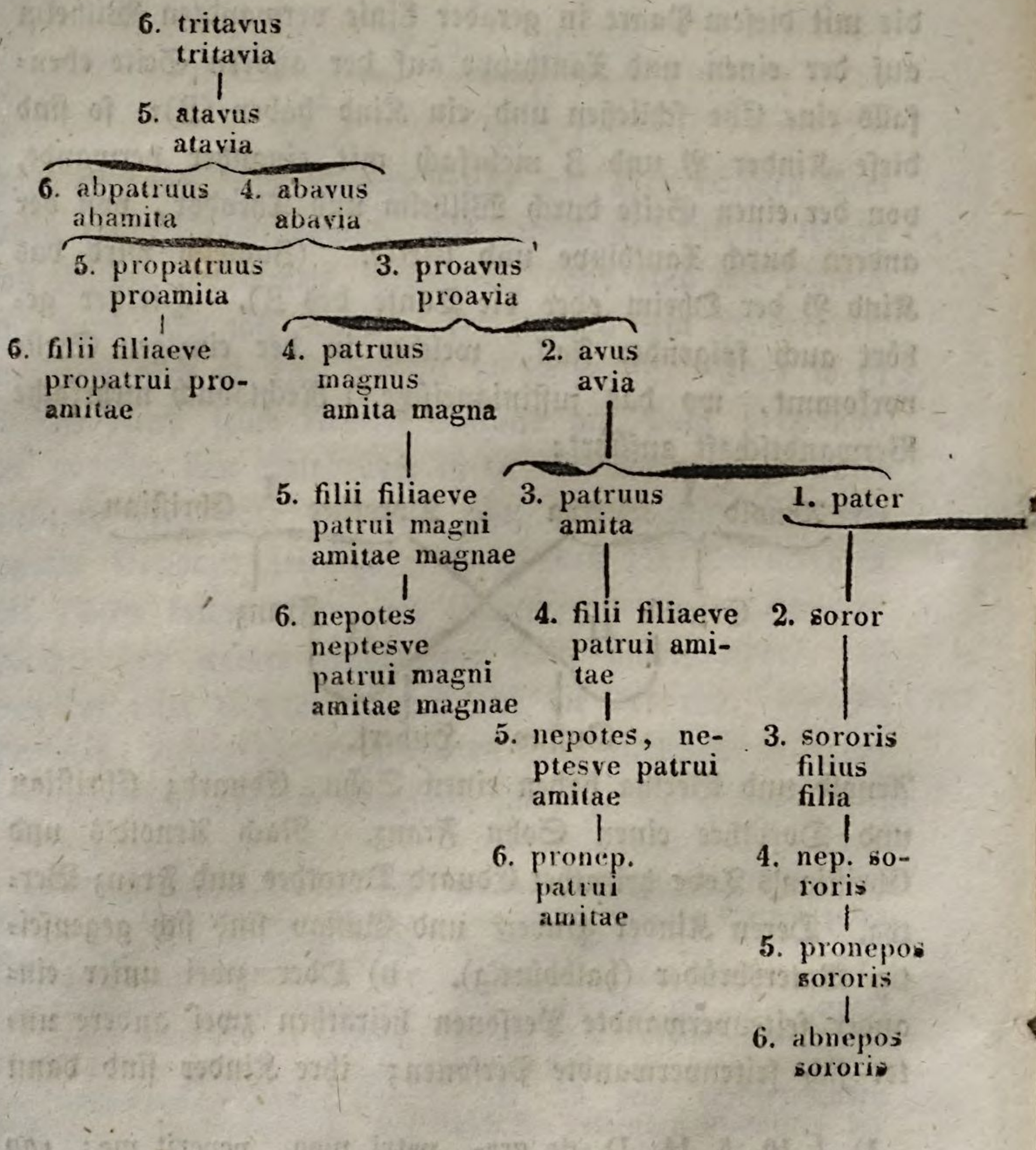


Arnold und Bertha haben einen Sohn, Eduard; Christian und Dorothee einen Sohn Franz. Nach Arnold's und Christian's Tode heirathet Eduard Dorothee und Franz Bertha. Deren Kinder Hubert und Gustav sind sich gegenseitig Vatersbrüder (halbbürtig). b) Oder zwei unter einander seitenverwandte Personen heirathen zwei andere unter sich seitenverwandte Personen; ihre Kinder sind dann

1) l. 10. §. 14. D. de gradibus. (38. 10.) Avia paterna mea nupsit patri tuo, peperit te; aut avia paterna tua nupsit patri meo, peperit me; ego tibi patruus sum, et tu mihi. Idem evenit etc. si vir et mulier etc. Avunculus est etc.

mehrfach mit einander verwandt. Dieser Fall kann sehr verschiedentlich (unter vollbürtigen Seitenverwandten) vorkommen; z. B. zwei Schwestern heirathen zwei Brüder.

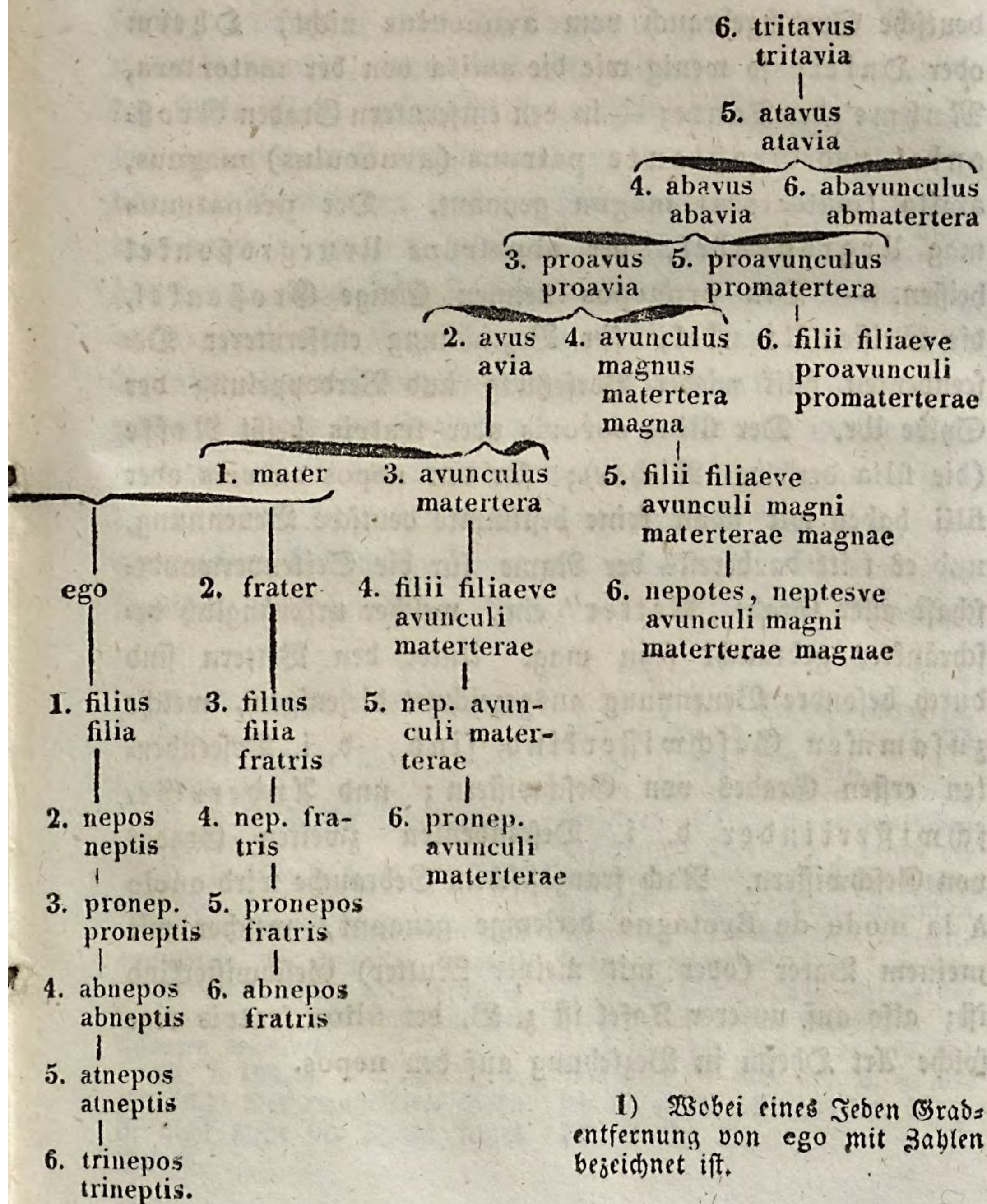
c) Wenn von der einen Seite zwei Verwandte in gerader Linie zwei Verwandte in der Seitenlinie heirathen; die Kinder aus diesen Ehen sind doppelt mit einander ver-



NB. Der Buchbinder hat diesen Viertelbogen auszuschne

wandt. Es wird unnöthig seyn, von diesen letzten beiden Fällen einen besondern Sammbaum zu entwerfen.

Dagegen ist es erforderlich, zum Verständniß der Verwandtschaftsgrade, welche im justinianeischen Rechtsbuche erwähnt sind, eine Uebersicht derselben mit den lateinischen Benennungen der Verwandten folgen zu lassen [1]). —



1) Wobei eines Jeden Gradentfernung von ego mit Zahlen bezeichnet ist.

iben und zwischen die Seiten 10 und 15 einzuheften.

Im Deutschen sind viele dieser Benennungen bei Weitem so deutlich nicht wiederzugeben, manche kaum übersetzbar. Den proavus nennen Einige Urgroßvater, Andre Aeltervater; bei Bezeichnung entfernterer Ascendenten hilft mehrfache Vorsetzung der Sylbe Ur. — Den patruus unterscheidet der deutsche Sprachgebrauch vom avunculus nicht, Oheim oder Onkel; so wenig wie die amita von der matertera, Muhme oder Tante; — in den entferntern Graden Großonkel und Großtante patruus (avunculus) magnus, amita (matertera) magna genannt. Der propatruus mag Urgroßonkel, der abpatruus Ururgroßonkel heißen. — Den pronepos nennen Einige Großenkel, die Meisten Urenkel; für Bezeichnung entfernterer Descendenten hilft wieder Vorsetzung und Verdoppelung der Sylbe Ur. Der filius sororis oder fratris heißt Neffe (die filia derselben Nichte); für den nepos sororis oder filii haben wir schon keine bestimmte deutsche Benennung, und es tritt da bereits der Name für die Seitenverwandtschaft aller Grade „Vetter" ein, welcher ursprünglich beschränkter gebraucht seyn mag. Unter den Vettern sind durch besondre Benennung ausgezeichnet diejenigen, welche zusammen Geschwisterkind sind, d. i. Descendenten ersten Grades von Geschwistern; und Ander-Geschwisterkinder d. i. Descendenten zweiten Grades von Geschwistern. Nach französischem Gebrauche wird oncle à la mode de Bretagne derjenige genannt, welcher mit meinem Vater (oder mit meiner Mutter) Geschwisterkind ist; also auf unserer Tafel ist z. B. der filius fratris eine solche Art Oheim in Beziehung auf den nepos.

B. Von der Agnation [1].

§. 641.

Zum Verständniß unserer Quellen gehört eine kurze Darstellung der Lehre von der Agnation, cognatio legitima, agnatio [2]. Sie bestehet in derjenigen Verwandtschaft, welche auf einer Abstammung bloß von Männern [3] beruhet, ohne daß ein weibliches Zwischenglied [4] die Linie stört, wiewohl Frauenzimmer als Endpersonen des agnatischen Stammbaumes zu demselben gezählt werden und Agnatinnen heißen. Die Agnation entsteht außerdem durch Adoption [5], was bei der Cognation nicht geschehen kann. Auch hört Agnation (durch capitis diminutio) auf [6], während Cognation nie aufhören kann [7]. — Die Agnaten, deren Inbegriff familia [8] im engern Sinne heißt, zerfallen, wie die Cognaten in die gerade und in die Seitenlinie. Unter den Seitenverwandten in der Agnation sind die nächsten Jemandes seine consanguinei [9], d. i. seine agnatischen Geschwister, oder mit andern Worten seine Geschwister von demselben Vater. — Mit jeder Agnation

1) Schweppe Rechtsgesch. §. 367.

2) l. 4. §. 2. D. de gradibus. (38. 10.)

3) §. 1. I. de leg. agnat. tut. (1. 15.)

4) l. 195. §. 5. D. de V. S. (50. 16.)

5) Auch durch arrogatio und conventio in manum mariti wurde man Agnat oder Agnatin des Vaters oder Mannes und der Agnaten derselben.

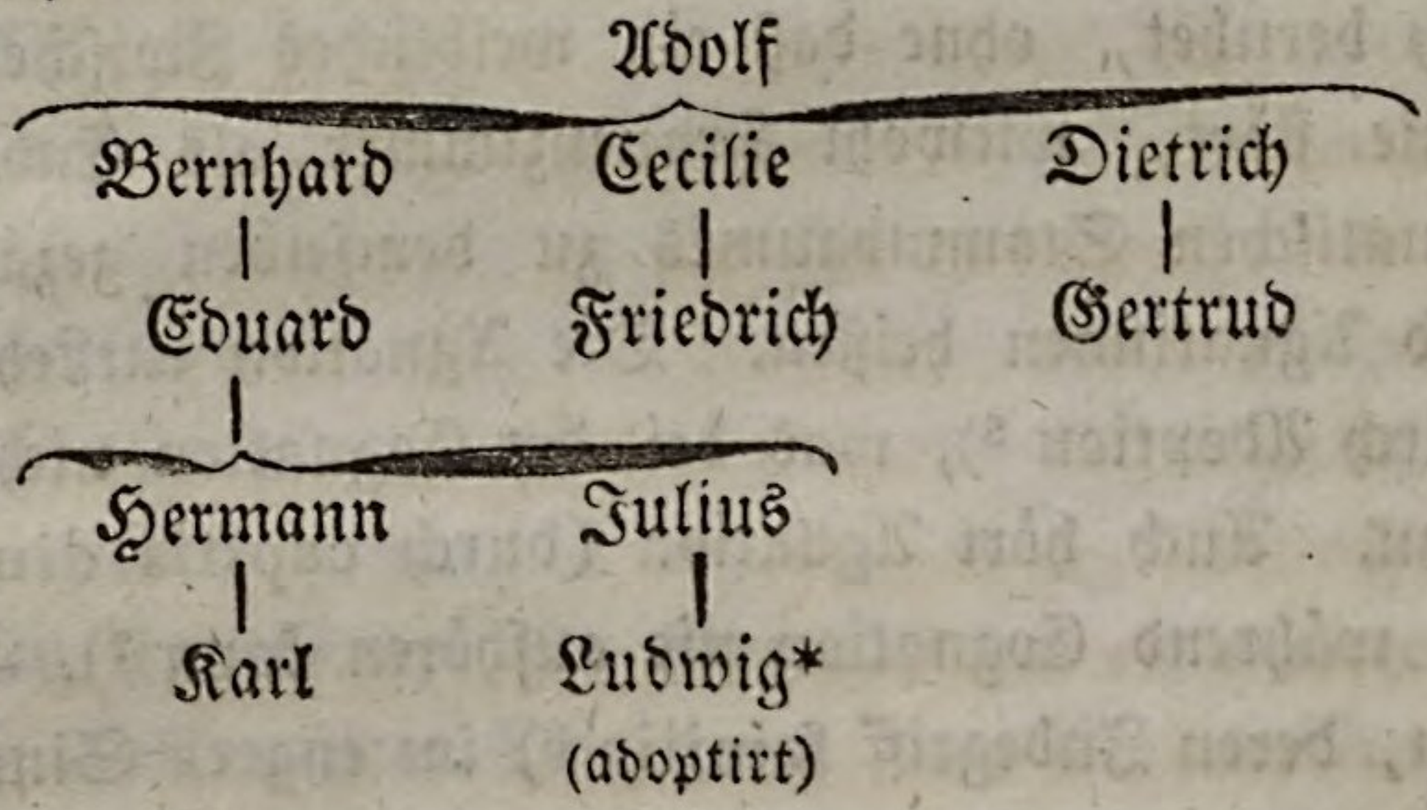
6) l. 195. §. 2. D. de V. S. (50. 16.) Der emancipirte Sohn ist nicht mehr der Agnat seines Vaters.

7) §. 6. I. de cap. dem. (I. 16.) l. 23. D. de adopt. (1. 7.)

8) l. 195. §. 2. cit.

9) Einen einfachen Gegensatz derselben bilden die cognatischen Geschwister überhaupt, denen die agnatischen ebenfalls hinzuzuzählen sind; einen contradictorischen Gegensatz aber die bloß cognatischen Geschwister oder uterini, d. i. die halbbürtigen Geschwister bloß von derselben Mutter. l. 1. I. de leg. agn. succ. (3. 2.) Cujacii obs. lib. 6. c. 17. lib. 11. c. 26. Hugo Civ. Mag. Bd. 4. Nr. 11.

sollte sie gleichwohl nicht auf Blutsverwandtschaft beruhen, ist übrigens, so lange das juristische Band unter den Agnaten dauert, eine Cognation entweder natürlich oder mittelst rechtlicher Fiction verknüpft [1]). — Zur Erläuterung des agnatischen Verhältnisses, soweit es noch außer den bloß historischen Beziehungen von Wichtigkeit ist, mag folgende Tafel dienen:



Alle auf diesem Stammbaume verzeichneten Männer sind, wenn keine capitis diminutio dazwischen getreten ist, agnati mit einander, außer Friedrich; denn dessen Mutter Cecilie ist zwar (eben so wie Gertrud) Agnatin der übrigen Männer auf dieser Tafel, aber sie setzt auf ihre Kinder die Agnation mit ihren eigenen Agnaten nicht weiter fort.

C. Von den Folgen der Verwandtschaft.

§. 642.

Die Agnation hatte im ältern Röm. Rechte besondere Folgen, welche im neuern der Verwandtschaft überhaupt beigelegt worden sind [2]). Hierher gehört nur die Verbind-

1) l. 23. D. de adopt. (1. 7.) l. 1. §. 4. D. unde cognati. (38. 8.)

2) Von Justinian. Nov. 118. c. 4. 5.

lichkeit zur Alimentation [1]). Wem sie im Falle des Bedürfnisses obliege, ist zwar gesetzlich bestimmt; wann dieser Fall aber eintrete und wie viel zu leisten sey, ist meistens richterlichem Ermessen anheim gestellt. I) Grund der Ernährungspflicht ist eine gewisse Nähe der Verwandtschaft; damit diese Pflicht aber klagbar sey, gehört noch Vermögen des an sich Verpflichteten und Bedürfniß des Klägers dazu. Aufgelegt ist die Verbindlichkeit nur den Ascendenten gegen die Descendenten [2]) und diesen gegen jene [3]). Bei der Mutter und jeder der übrigen Ascendentinnen kommt es hierin auf eheliche Verwandtschaft nicht an [4]); wohl aber bei dem Vater und jedem der übrigen männlichen Ascendenten. Sollten mehrere Ascendenten gleichen Grades einen Descendenten oder mehrere Descendenten gleichen Grades einen Ascendenten alimentiren müssen: so wird nach allgemeinen Grundsätzen jeder der Verpflichteten für seinen Theil belangt werden müssen; unsere Quellen entscheiden bloß, daß, in Concurrenz des Vaters mit der Mutter, jener vor dieser verbunden seyn soll [5]). — Die Unterhaltungspflicht richtet sich in der Quantität [6]) nach dem Vermögen [7]) des an sich Verpflichteten (pro modo facultatum ejus) und muß deßwegen folgerecht ganz aufhören [8]), wenn derselbe nichts mehr, als seinen eigenen Unterhalt hat [9]). Auch

1) l. 5. §. 2. D. de agnosc. et alend. lib. (25. 3.) Vgl. üb. diese Lehre v. Glück Pand. Bd. 28. S. 50 — 300.

2) l. 5. §. 1. D. eodem.

3) l. 5. §. 2. D. eod.

4) l. 5. §. 4. 5. D. eod.

5) l. 8. D. eod. Nov. 117. c. 7.

6) Die Zahlungstermine bestimmt der Richter ebenfalls nach den Umständen; oft monatweise in Raten; zuweilen vorauszubezahlen. cf. l. 9. D. eod.

7) l. 5. §. 7. D. eod.

8) Indessen kommt dabei viel auf die Umstände, die Nähe der Verwandtschaft (durch welche die Pflicht zu einer dringenden wird), die Quantität der erforderlichen Alimente u. dgl. an. l. 5. §. 7. 10. 19. 25. D. eod. l. 3. 4. C. de alend. lib. (5. 25.) Nov. 89. c. 12. §. 6.

9) l. 5. §. 15. 25. 26. D. eod. Richterliche Entscheidung

werden Alimente immer nur subsidiär gegeben, d. i. nur solche Personen alimentirt, welche weder von ihrem eigenen Vermögen, noch von ihrer Hände Arbeit leben können [1]; wobei sich billiger Weise von selbst verstehet, daß auf den Stand, die Erziehung und Körperkraft des zu Unterhaltenden gesehen und z. B. von Frauen gebildeterer Stände nicht verlangt wird, daß sie sich durch grobe Handarbeit selbst ernähren sollen. Den Rechtsstreit über Unterhaltungsverbindlichkeit wollen schon die Römer [2] mit Schnelligkeit behandelt wissen, und erlauben darin ein vorläufiges Erkenntniß auf Alimentenleistung, sofern die Umstände vernünftige Veranlassung zur Annahme des Verbindlichkeitsgrundes abgeben; selbst ohne daß eine Präjudicialklage (s. §. 639.) vorher eingeleitet oder rechtskräftig entschieden ist, durch deren endliche Entscheidung [3] jedoch jenes Provisorium eben sowohl wieder aufgehoben, als bestätigt werden kann [4]. — Irrig ist es, wenn man den ehelichen Geschwistern und naturales im Römischen Sinne unter sich eine gegenseitige Alimentationsverbindlichkeit auflegen will [5]. II) Wird nach dem Umfange der

muß hier die Umstände beurtheilen, arbiter, arbitraturus, quantum sit in facultatibus, ut perinde possint alimenta moderari, quae tamdiu praestabuntur, quamdiu liberto supersit, patrono desit. l. 2. C. de alend. lib. (5. 25)

1) l. 5. §. 7. 13. 19. „in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis. l. 9. D. eod. l. 8. §. 5. init. C. de bonis, quae lib. in pot. (6. 61.)

2) Summatim judices oportet super ea re cognoscere. l. 5. §. 8. D. eod.

3) Kommt es zu einem Streite über die Alimentationsfähigkeit: so kann der Kläger, sofern er seine Hülfsbedürftigkeit dargelegt hat, die eidliche Manifestation des Vermögens vom Beklagten verlangen; denn dieser kann sein Vermögen allein kennen, und es ist im Interesse des Staats, daß öffentlichen Anstalten keine zu unterhaltende Person zur Last falle, welche anderwärts rechtmäßig ernährt werden muß und kann. Vgl. über das Verfahren in Alimentensachen überhaupt: von Glück Comm. B. 28. S. 288 ff.

4) l. 5. §. 8. 9. D. eod.

5) A. M. wegen l. 4. D.

Alimentationsverbindlichkeit gefragt, so ist bestimmt, daß nicht bloß Nahrung, sondern Alles was zur Lebensunterhaltung erfordert wird, als Kleidung, Wohnung, Betten, gewohnte und standesmäßige Bequemlichkeiten, zu den Alimenten gehören [1]); dagegen werden Kosten des Unterrichts und der sonstigen geistigen Ausbildung (disciplina) nicht dahin gerechnet. Ob der Unterhaltende die Gegenstände, welche er leisten muß, mittelst Zahlung in Gelde oder unmittelbar leiste, stehet in seiner Wahl; denn alimentis adjuvare, alimenta praebere kann beides bedeuten. — III) Aufhören der Alimentation tritt ein durch den Tod des Unterhaltenen nicht allein, sondern auch durch den des Unterhaltenden. Des Letztern Verbindlichkeit aus dem Grunde der Verwandtschaft geht auf seine Erben nicht über, außer daß die Pflicht des Sohns zur Alimentation des Vaters auf Jenes Erben übergehen soll, wenn der zu unterhaltende Vater in größter Dürftigkeit sich befindet [2]); ein

ubi pup. educ. deb. (27. 2.) vgl. mit l. 12. §. 3. D. de administ. tut. (26. 7.) ist Thibaut Versuche Bd. 1. Nr. 12. Dagegen vgl. Weber zu Höpfner Comm. §. 105. Not. 2. und besonders Hasse Güterrecht der Ehegatten Thl. 1. §. 100. — Particulare Praxis legt den Geschwistern und allen Agnaten und Cognaten die Alimentationspflicht hin und wieder auf, s. v. Ramdohr Erfahrungen Th. 1. S. 80.

1) l. 6. l. 23. D. de alim. v. cib. legat. (34. 1.) cetera quae ad disciplinam pertinent, legato non continentur. l. 43. l. 44. l. 234. §. 2. D. de V. S. (50. 16.) — Die gewöhnliche Meinung will, ohne wissenschaftlichen Grund, standesmäßigen Unterhalt (Civilalimente) von bloßer Lebensfristung (Naturalalimenten) unterscheiden, und letztere bei unehelichen Kindern als genügend annehmen. — Zu den nothwendigen Bedürfnissen gehören, wie sich von selbst versteht, auch Arzneien; desgleichen die Kosten in einem rechtmäßigen Processe. c. 11. X. de accusat. (5. 1.)

2) Heredes filii ad ea praestanda, quae vivus filius ex officio pietatis suae dabit, invitos cogi non oportere, nisi in summam egestatem pater deductus est. l. 5. §. 17. D. de agn. et alend. lib. (25. 3.) Da die Alimentationsverbindlichkeit aus andern Gründen, als dem der Verwandtschaft, z. B. wegen Delictes, auf die Erben des Unterhaltenden übergeht (l. 10. pr. l. 16. pr. D. de alim. leg. (34.

Fall, welcher nicht ausgedehnt werden kann. — Die Unterhaltungspflicht soll auch getilgt seyn, wenn der Unterhaltungsberechtigte gegen den Unterhaltenden sich einer groben Beleidigung schuldig macht [1]), z. B. einer peinlichen Anklage desselben. — Verzicht leisten kann man auf die zu empfangenden Alimente nicht, denn dieß wäre contra bonos mores, da nicht abzusehen ist, von welchem andern rechtlichen Erwerbe der Verzichtleistende leben sollte. Dagegen kann man auf nicht gezahlte Alimente aus verflossener Zeit, da diese gerade durch das Rückständigbleiben das Charakteristische der Alimente verloren haben, allerdings verzichten. — IV) Es entstehet die Frage, ob ein Alimentirender den gegebenen Unterhalt, zu dessen Entrichtung [2]) er im einzelnen Falle nicht rechtlich verbunden war, bei nachmals veränderter Vermögenslage des Unterhaltenen von diesem wohl zurückfordern kann. Es ist hierbei nicht gleichgültig, ob der Alimentirende zu der Leistung des Unterhaltes hätte gezwungen werden können oder nicht. Hatte er in der Absicht zu schenken [3]) alimentirt, so kann er nicht zurückfordern; wozu man dagegen berechtigt ist, wenn man nur die Absicht der **negotiorum gestio** hatte. Die Absicht zu schenken wird auch hier nicht vermuthet; außer daß man annimmt, Vater und Mutter haben beim Alimentiren ihrer

1.)): so wird des Vaters Verbindlichkeit zur Alimentation eines unehelichen Kindes auf des Erstern Erben übergehen, wenn man diese Verbindlichkeit auf das Delict, nicht übergehen, wenn man sie auf die Verwandtschaft gründet. Das Delict zum Grunde zu legen, scheint den Vorzug zu verdienen, s. v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Thl. 4. Nr. 70.; dann könnte aber consequenter Weise das uneheliche Kind nicht verbunden seyn, seine Ascendenten zu alimentiren.

1) l. 5. §. 11. 23. D. de agn. et alend. lib. (25. 3.) Nov. 12. c. 2.

2) cf. l. 11. C. de negot. gest. (2. 19.)

3) z. B. paterno affectu l. 15. C. de neg. gestis. (2. 19.) l. 27. §. 1. D. eod. (3. 5.)

Kinder schenken wollen [1]). — Eine andre Frage ist noch, ob der Alimentirende gegebene Alimente von andren Verwandten des Unterhaltenen, welche näher oder gleich nah, wie der Leistende, zur Alimentation verpflichtet gewesen sind, ganz oder für Jener Theil ersetzt verlangen darf. Wird die Absicht zu schenken gegen ihn bewiesen: so kann er nicht zurückfordern. Hatte er aber zwar die Absicht, bloß als negotiorum gestor für die Andern, welche eben so oder allein verpflichtet waren, zu handeln: so kommt es doch nicht einzig auf diese Absicht an, sondern auch darauf, ob er die Diligenz eines gestor beobachtet und zwar den verpflichteten Verwandten ihre Beiträge zur Alimentation des Unterhaltenen abgefordert hat. Ist dieß nicht geschehen, so kann er gegen sie zwar wohl auf Ersatz klagen, allein sie können ihm mit Grund entgegnen, daß sie, wenn sie den Fall gewußt hätten, den Unterhaltenen gern selbst und unmittelbar alimentirt haben würden [2]). —

Zu den Folgen der Verwandtschaft ist noch zu zählen, daß sie oftmals Veranlassung für die Obrigkeit wird, zu Berathungen und Beschlüssen über eine Person deren nächste Angehörigen zuzuziehen [3]). Dieß richtet sich jedoch vorzugsweise nach dem Ermessen der Obrigkeit. In einem andern Falle ist ein mündiger Minderjähriger den Rath seiner nächsten Verwandten zu befolgen verpflichtet, nämlich wenn er seinen Vormund [4]) als verdächtig angeben will. Interessirte Familienglieder müssen jedoch von solchen Berathungen [5]) ausgeschlossen bleiben.

1) l. 34. D. eod. l. 50. D. fam. hercisc. (10. 2.) l. 11. C. de neg. gest. (2. 19.). Alle übrigen Verwandten sind nur als neg. gestores zu vermuthen.

2) H. Gottl. Bauer resp. T. 1. N. 4.

3) l. 1. §. 1. D. ubi pup. educ. deb. (27. 2.) l. 25. C. de nupt. (5. 4.)

4) §. 4. I. de susp. tut. (1. 26.)

5) l. 18. C. de nupt. (5. 4.)

II. Von der Schwägerschaft.

§. 643.

Eine besondere, rechtlich in Betracht kommende Personenverbindung, welche einige Aehnlichkeit mit der Verwandtschaft hat, ist die Schwägerschaft, affinitas. Das Römische Recht ist in dieser Lehre vom kanonischen erweitert. Das erstere nimmt Affinität nur als das Verhältniß an, welches zwischen dem einen rechtmäßigen Ehegatten und den Blutsverwandten des andern [1]) durch das Daseyn der Ehe, während derselben, hervorgebracht wird [2]). (Im Deutschen nennen wir die Affinität mit den Descendenten des andern Gatten Stiefverwandtschaft, mit den Ascendenten desselben Schwiegerverwandtschaft, und mit dessen Seitenverwandten Schwägerschaft im engern Sinne.) Zu diesem Grundsatze hat das kanonische Recht, veranlaßt durch den biblischen Ausspruch, daß unter Ehegatten durch den Beischlaf eine Einheit des Fleisches bewirkt werde [3]), Zusätze gemacht. Namentlich soll danach jede eheliche oder uneheliche [4]), befruchtende oder nicht be-

1) Aber die Gatten selbst unter einander, und die Verwandten derselben unter einander, sind nicht verschwägert, l. 4. §. 3. D. de grad. (38. 10.) c. 5. X. de consanguin. (4. 14.) v. Glück Pand. Bd. 23. S. 223. f. cf. l. 10. §. 14. D. eod. l. 34. §. 2. D. de ritu nupt. (23. 2.)

2) §. 6. 7. 9. I. de nupt. (1. 10.) l. 4. §. 3. 8. 10. D. de grad. (38 10.) l. 4. C. de nupt. (5. 4.) Genauer wird die Definition noch seyn, wenn man sagt: „zwischen dem einen Ehegatten und den ausschließlichen Blutsverwandten des andern", damit die gemeinschaftliche Descendenz beider Gatten nicht mit darunter verstanden werde.

3) 1. Bf. Paul. an die Corinth. 6. v. 16. Ev. Matth. 19. v. 5.

4) c. 7. 14. 15. 21. Caus. 35. qu. 2.; c. 10. X. de eo qui cogn. cons. uxor. (4. 13.) v. Glück Pand. Bd. 23. §. 1211. Dem kanon. Rechte widerspricht es, anzunehmen, daß Aufhebung der Ehe die Affinität aufhebe, sobald der Beischlaf zwischen den Ehegatten vollzogen ist; nur nach Röm. Rechte höbe Beendigung der Ehe jedenfalls die Verschwägerung

fruchtende Beiwohnung eine Affinität hervorbringen, die mindestens dann Eintritt der Eheverbote zur Folge hat. — Außerdem theilt das kanon. R. die Schwägerschaft in drei Arten, von denen die erste die Römische Affinität ist, und die andern beiden bloß auf Eheverbote gehen [1]). Die zweite Art der Schwägerschaft findet Statt zwischen dem einen Concumbenten und den Schwägern der ersten Art des andern Concumbenten. Die dritte Art tritt ein zwischen dem einen Concumbenten und den Schwägern der zweiten Art des andern Concumbenten. Ja das kanonische [2]) Recht zählt selbst zwischen den Schwägern Nähe-Grade und spricht dabei von auf- und absteigender Linie; in welchem Grade [3]) der Verwandtschaft nämlich ein Blutsverwandter dem andern verwandt ist, in demselben ist er mit des Letztern Concumbenten verschwägert. — Das Verlöbniß bringt keine Verschwägerung hervor [4]). — Schlüsse von den Folgen der Verwandtschaft auf die der Affinität lassen sich nicht machen, falls nicht besondere Bestimmungen der Gesetze dergleichen herbeiführen, z. B. diese macht, wie jene, in einer gewissen Nähe zu Ablegung eines Zeugnisses unfähig [5]).

auf, l. 3. §. 1. D. de postul. (3. 1.); außer bei den Eheverboten zwischen den nächsten affines, §. 6. I. de nupt. (1. 10.)

1) c. ult. Caus. 35. qu. 23.; c. 8. X. de consanguin. (4. 14.) v. Glück a. a. O. §. 1214.

2) l. 4. §. 5. D. de grad. (38. 10.) sagt vielmehr: gradus affinitati nulli sunt.

3) c. 12. Caus. 35. qu. 2. 3

4) l. 4. §. 3. D. de grad. (38. 10.) c. 18. Caus. 27. qu. 2. Der Ausdruck affinitas in l. 8. D. de cond. caus. dat. c. non sec. (12. 4.) scheint nachlässig in weiterem Sinne gebraucht zu seyn.

5) s. Thl. 3. S. 541. und eb. Note 4.

Zweites Hauptstück.

Von der väterlichen Gewalt.

Erster Abschnitt.

Von dem älterlichen Verhältnisse zu den Kindern überhaupt.

§. 644.

Das Verhältniß beider Aeltern zu den leiblichen Kindern [1]) ist zwar seiner Natur nach das frühere, jedoch im Römischen Rechte von dem ganz positiven Institute der väterlichen Gewalt in den Hintergrund gestellt. Indessen kann es um so weniger übergangen werden, als die Sitte der neuern Zeiten, welche der väterlichen Gewalt Viel von ihrer Bedeutung genommen hat, dem Verhältnisse beider Aeltern zu den Kindern mehrere Aufmerksamkeit zuwendet. — Vater und Mutter sind dabei einander fast gleich gestellt. Beiden liegt die Pflicht ob und steht das Recht zu, die leiblichen Kinder zu erziehen; worein sich gesetzliche Bestimmungen wenig einmischen. Von der Alimentationspflicht ist im §. 642. gesprochen. Als ein Correlat der Alimente, welche in der Regel die Kinder bis zu ihrer eigenen häuslichen Einrichtung von ihren Aeltern genießen, sind die Dienste der Kinder anzusehen, die, soweit die Kräfte der Letztern es erlauben, die Aeltern zu fordern berechtigt sind [2]). Sind die Kinder aber erwachsen und im

1) Hiermit ist das der Geschwister der Aeltern zu den Kindern der Letztern (respectus parentelä) keinesweges zu vergleichen, da dessen Wirkungen ganz anders, sehr gering und nur in einzelnen bestimmten Fällen rechtlich anerkannt sind. §. 5. I. de nupt. (1. 10.)

2) Einige führen l. 4. D. si a parente quis (37. 12.) und l. 10. D. de obsequiis parent. (37.

Stande, sich selbst zu ernähren und daneben sich durch ihre Arbeiten noch Etwas zu verdienen: so sind sie den Aeltern (wenigstens nicht ohne eine den Umständen angemessene Vergütung) ihre Dienste für die Alimente nicht mehr schuldig [1]). — Aus der Pflicht zu alimentiren folgt das beneficium competentiä, welches den Aeltern von den Kindern eingeräumt werden muß; wenngleich nun unsere Quellen nur den Aeltern es beilegen [2]): so wird im Wesentlichen der Erfolg für die Descendenten derselbe seyn, falls diese sich wirklich nicht ernähren können und wegen des den Letztern nicht zugestandenen beneficii competentiä ein strengeres Executionsverfahren gegen sie eintreten, als sich gegen Ascendenten, da denselben das beneficium gegeben worden ist, anwenden läßt. Der Erfolg ist mithin nicht ganz gleich. Die Descendenten müssen sich gefallen lassen, Alles zur Befriedigung der berechtigten Ascendenten bei der Bezahlung herzugeben, und dann von diesen eine Alimentation erbitten oder fordern; die Ascendenten behalten aber im umgekehrten Falle soviel zu ihrem Lebensunterhalte gehört, und hängen also von ihren Descendenten nicht ab. — Außer diesen väterlichen Rechten ist noch von den Sitten und der Gesetzgebung die den Aeltern moralisch gebührende Ehrerbietung in gewissen Verhältnissen juridisch festgestellt. Dahin gehört das lebenslängliche Recht beider Aeltern gegen ihre leiblichen Kinder

15.) an, um zu beweisen, daß Kinder den Aeltern keine Hausdienste schuldig seyen; allein irrig. Diese Stellen gehen bloß auf Dienste, welche der Emancipirende sich für die Entlassung aus der väterlichen Gewalt bedingen möchte.

1) Struben rechtl. Bed. 3, 49. (Spangenberg Ausg. Th. 1. S. 95.) v. Glück Pand. Bd. 2. S. 232. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erört. Thl. 2. Nr. 55.

2) §. 38. I. de act. (4. 6.) l. 7. §. 1. D. de obseq. par. (37. 15.) l. 16. D. de re jud. (42. 1.) s. oben §. 394.

auf Ehrerbietung [1]), welches sogar durch Vergehen nicht verloren wird [2]). Insbesondre schließt sich aber daran, daß im Streite zwischen Vater und Sohn über die väterliche Gewalt der Sohn [3]) den Beweis, daß er davon frei sey, übernehmen muß; — ferner daß Jemand keinen seiner Ascendenten oder Ascendentinnen ohne besondre richterliche Erlaubniß vor Gericht citiren lassen darf, der Richter diese Erlaubniß auch erst nach vorläufiger Untersuchung der Sache ertheilen soll [4]), — was durch unsere Proceßform zwar einigermaßen verändert, aber keineswegs aufgehoben ist, und eine vorläufige Untersuchung des Richters über die Gegründetheit des Antrags immer herbeiführen sollte; — daß Vergehen der Kinder gegen ihre Ascendenten strenger bestraft werden, bloße Injurien schon öffentlich [5]); — daß Kinder gegen ihre Ascendenten nicht als Criminalankläger [6]) auftreten dürfen; — auch gegen sie weder eine infamirende Klage erheben, noch ein interdictum de vi gebrauchen, noch auch eine infamirende Einrede einwenden,

1) l. 1. l. 9. D. de obseq. parent. (37. 15.); l. 4. D. de curatorib. fur. (27. 10.): „pietas parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debebitur. — l. 4. l. 5. C. patr. potest. (8. 47.)

2) Nov. 12. c. 2.

3) l. 8. D. de probation. (22. 3.), was übrigens auch mit der allgemeinen Lehre vom Beweise, wie Paulus hier richtig bemerkt, völlig übereinstimmt. Daß der Sohn in der väterlichen Gewalt sey, ist das Regelmäßige. Behauptet er eine neue Thatsache (se libertum esse quodammodo contendit): so muß er diese beweisen.

4) l. 4. §. 1—3. l. 6. D. de in jus voc. (2. 4.) l. 3. C. eod. (2. 2.) Ist der Antrag des Klagenden ungegründet, so soll er bestraft werden.

5) l. 1. §. 2. 3. D. de obseq. par. (37. 15.) Landesgesetze bestimmen hierüber das Genauere.

6) l. 11. §. 1. D. de acc. et inscript. (48. 2.) l. 5. C. ad l. Corn. de fals. (9. 22.) Dieß Verbot ist aber genau zu nehmen, und enthält für das Kind kein Hinderniß, unter Angabe verbrecherischer Handlungen der Aeltern sein eigenes Recht zu verfolgen, z. B. sein Erbrecht gegen ein von der Mutter untergeschobenes, falsches Testament, oder einen von ihr untergeschobenen Miterben.

sondern statt alles dessen nur einer actio in factum oder einer exceptio in factum sich bedienen sollen [1]); — endlich daß die Kinder von den Aeltern kein jusjurandum de calumnia fordern können, weil hierbei die Aufforderung immer den Vorwurf der Arglist enthält [2]). — Mit dem Rechte der Aeltern auf Ehrerbietung steht das Recht der häuslichen Herrschaft in naher Verbindung. Daher haben sie, so lange als nöthig, das Recht der Erziehung und der häuslichen Disciplin [3]), neben welchem auch sogar überhaupt den ältern Familiengliedern eine mäßige Bestrafungsbefugniß gegen die minderjährigen nach Art des väterlichen Ansehens eingeräumt ist [4]). Ungehorsame Kinder können von ihren Aeltern der Obrigkeit zur Bestrafung übergeben, und dabei dürfen dann andre Strafen nicht verfügt werden, als welche man von älterlicher Seite billigt [5]). Begeht das Kind grobe Vergehen, so können die Aeltern es verstoßen, d. i. ihm das älterliche Haus untersagen und den Unterhalt entziehen, jedoch keineswegs die Kindes-

1) l. 2. l. 5. §. 1. — l. 7. pr. §. 2. D. de obseq. par. (37. 15.) l. 4. §. 16. D. de dol. mali et met. exc. (44. 4.) und zwar nicht einmal eine solche exceptio, quae parentis opinionem apud bonos mores suggillet. l. 5. C. de dolo malo. (2. 21.) Jedoch hat diese Beschränkung im Gebrauche der Klagen gegen Aeltern zwei Ausnahmen: a) Wegen besonders grober Injurien, welche das emancipirte Kind von den Aeltern erfahren hat, darf es die actio injuriarum anstellen, l. 7. §. 3. D. de injur. et fam. lib. (47. 10.) — b) Wenn die Aeltern gegen das Kind bewaffnete Gewalt gebraucht haben, so steht diesem das interd. unde vi zu. l. 1. §. 43. D. de vi arm. (43. 16.)

2) l. 16. D. de jurej. (12. 2.) l. 13. §. 13. 14. D. de damno inf. (39. 2.) l. 7. §. 3. D. de obseq. parent. (37. 15.) In l. 34. §. 4. D. de jurejur. (12. 2.) ist statt neque zu lesen aeque.

3) l. 1. §. 3. D. de just. et jure. (1. 1.) Burchardi gem. Erziehungsrecht, im Archiv f. d. civ. Praxis. Bd 8. Nr. 8. In Rücksicht der Bestrafung arg. l. 11. §. 1. D. de poenis. (48. 19.)

4) l. un. C. de emend. prop. (9. 15.)

5) l. 3. l. ult. C. de patr. pot. (8. 47.)

rechte nehmen [1]). Name, Stand, Herkunft und Wohnort des ehelichen Kindes bestimmen sich durch die des Vaters, des unehelichen [2]) Kindes durch die der Mutter, und bleiben dem Kinde auch nach dem Tode der Aeltern [3]), bis sie mit diesen Eigenschaften, soweit sie wandelbar sind, eine Aenderung [4]) vornehmen. — Auch auf die Religion des Kindes haben die Aeltern rechtlichen Einfluß. Der Entscheidung des Vaters, in welcher Religion sein eheliches Kind erzogen werden solle, muß gemeinrechtlich [5]) ein Vorzug vor der der Mutter eingeräumt werden; aber spätere Religionsänderung der Aeltern zieht nicht unbedingt für das Kind die Pflicht gleicher Aenderung nach sich, — wenigstens ist dabei der annus discretionis, d. i. Erreichung des vollendeten 14ten Jahres des Kindes abzuwarten und ihm dann freie Wahl zu lassen [6]). Landesgesetze pflegen über diese Fragen genauer zu bestimmen. Den Aeltern ist gemeinrechtlich die Befugniß nicht abzusprechen, vor eingegangener Ehe durch Verträge zu bestimmen, in welcher Religion die Kinder erzogen werden sollen [7]). — Sind über Aelternrechte die Aeltern selbst uneinig, so hat der Wille des Vaters [8]) vor dem der Mutter den Vorzug; sollte er aber sein Recht mißbrauchen, so kann die Mutter [9]) ihm die Kinder vorenthalten. — Zu bemerken ist noch, daß Aeltern ihren in einem Incest oder verbotenen Ehebande erzeugten Kindern weder unter Lebendigen, noch mit-

1) l. 6. C. eod. v. Glück Pand. Bd 2. §. 160. S. 363 — 374.

2) l. 24. D. de statu hom. (1. 5.) l. 9. D. ad munic. (50. 1.)

3) Pufendorf Tom. 2. obs. 93.

4) l. 4. 5. D. eod.

5) Mittermaier gemein. deutsches Privatr. §. 105.

6) Conclus. corp. evangelic. d. 1752. (Emminghaus corp. jur. II. p. 478.)

7) Vgl. Eichhorn deutsches Privatr. §. 313.

8) v. Glück Pand. Bd. 2. §. 137. S. 223 ff.

9) l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. D. de liberis exhib. (43. 20.) Pufendorf Tom. 4. obs. 10.

telst letzten Willens Etwas [1]) zuwenden sollen. — Daß sich Aeltern für ihre Kinder von einem Dritten Etwas versprechen [2]) lassen (vgl. §. 415.), ist nach Beschaffenheit der deutschen Praxis nichts Ausgezeichnetes mehr. — Vom Rechte der Aeltern dem Kinde einen Vormund zu setzen s. §. 735. und zur Heirath die Einwilligung zu geben oder zu verweigern s. §. 708. — Eine Singularität des Römischen Rechtes, jedoch bei uns unpraktisch (s. §. 49.), ist, daß für die Primipilarschulden des Vaters selbst die Kinder mit ihrem eigenen Vermögen haften sollen (vgl. §. 362.). — Pflegekinder, alumni, welche weder mit Adoptivkindern zu verwechseln, noch den leiblichen Kindern in dem Verhältnisse mit den Aeltern zu vergleichen sind, können gegen die Pflegeältern klagen, obwohl sie ihnen ebenfalls eine gewisse Ehrfurcht schuldig sind [3]), und gegen sie nicht als Criminalankläger auftreten sollen (s. §. 667.).

Zweiter Abschnitt.

Von der väterlichen Gewalt.

§. 645.

Die väterliche Gewalt ist das, eigens im Röm. Rechte ausgebildete, Verhältniß der persönlichen Macht, welche privatrechtlich einem männlichen Ascendenten [4]), der für seine Person selbst nicht mehr in der Gewalt eines An-

1) l. 6. C. de incest. nupt. (5. 5.)

2) l. 45. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) l. 5. D. de operis lib. (38. 1.)

3) l. 1. §. ult. D. de obs. par. (37. 15.) kann hierher gezogen werden. l. 17. C. de his qui acc. n. poss. (9. 1.)

4) Die väterliche Gewalt kann auch negativ so erklärt werden: sie sey derjenige Theil der Aelternrechte, welcher nicht der Mutter zusteht, und so lange dauert, als sie nicht durch den Tod des Berechtigten oder durch Emancipation des Kindes ꝛc. aufgehoben worden ist.

dern stehet, über seine Kinder und seine übrigen agnatischen [1]) Descendenten zukommt. Zwar ist auch in Deutschland die väterliche Gewalt des Röm. Rechts in deren spätere und milderer Gestalt recipirt, jedoch nach den Sitten des Volks und dem deutschen Rechte [2]) niemals in ganzer Kraft praktisch geworden. Insbesondre bestehet eine wesentliche Verschiedenheit darin, daß bei uns schon durch den abgesonderten Haushalt des Kindes (§. 669.) die väterliche Gewalt, auch gegen oder doch ohne den Willen des Vaters, aufhört, mithin bei erwachsenen Kindern selten oder sehr unsicher ist. — Der Mutter [3]) gebührt im Allgemeinen eine Theilnahme an der väterlichen Gewalt gar nicht. Im Röm. Rechte gehörte zur väterlichen Gewalt noch, daß der Vater civis Romanus [4]) war; keinem Fremden und keinem staatsrechtlich schlechter Berechtigten stand sie zu. Dieß ist mit dem Begriffe des civis Romanus bei uns weggefallen. — Uebrigens ist das Recht der väterlichen Gewalt lebenslänglich, wenn es nicht auf eine der gesetzmäßigen Aufhebungsarten geendigt wird (§. 668—673.), und das Alter der Kinder oder Kindeskinder hat darauf gar keinen Einfluß. — Wer der väterlichen Gewalt unterworfen ist, heißt homo alieni juris, filius oder filia

1) §. 3. in fin. I. de patr. pot. (1. 9.) l. 4. fin. D. de his qui sui vel al. (1. 6.) l. 7. C. de patr. pot. (8. 47.) Also der mütterliche Großvater z. B. hat seiner Tochter Kinder nicht in seiner Gewalt.

2) Vgl. Eichhorn deutsches Privatr. §. 313. Heise und Cropp jur. Abhandl. I. Nr. 16.

3) Frauenzimmer sind überhaupt unfähig dazu, §. 10. I. de adoption. (1. 11.) §. 3. I. de hered. qual. et diff. (2. 19.) l. 5. C. de adopt. (8. 48.) Höpfner Comm. üb. d. Inst. §. 103.

4) §. 2. I. de patr. pot. (1. 9.) l. 3. D. de his qui sui vel alieni. (1. 6.) Durch capitis diminut., welche die Eigenschaft des Röm. Bürgers nimmt, wird auch jenes jus proprium civium Romanorum aufgehoben, §. 1. 3. I. quib. mod. jus patr. p. (1. 12.)

familias [1]); deſſen Correlat homo sui juris, pater oder mater familias iſt [2]). Unter dem Worte pupillus verſteht das Röm. Recht öfters einen ſolchen Unmündigen, welcher durch Emancipation oder des Vaters Tod frei von der väterlichen Gewalt geworden und daher ſelbſt pater familias iſt [3]). — Eine wichtige Unterart der Hauskinder [4]) ſind die sui (heredes), man könnte ſagen: die Hörigen des Vaters, insbeſondre in Beziehung auf das Erbrecht. Man verſteht darunter diejenigen Hauskinder, welche ſich unmittelbar (ohne Zwiſchenperſon) in der väterlichen Gewalt befinden, alſo Söhne oder Töchter oder ſolche andern Deſcendenten, zwiſchen denen und dem Erblaſſer die Mittelglieder [5]) nicht mehr in der väterlichen Gewalt (aus der Familie gegangen) ſind. — Ausgezeichnet ſind auch noch die postumi d. i. die nach des Vaters Tode gebornen Kinder, welche in ſeine Gewalt gefallen ſeyn würden, wenn er bei ihrer Geburt noch gelebt hätte [6]); die postumi werden wie vorher geborne Kinder in den Rechten [7]) betrachtet. Wird Jemand in Beziehung auf einen letzten Willen postumus genannt (quaſi poſtumus): ſo verſteht man darunter denjenigen, welcher zwar bei Lebzeiten des Teſtirenden, aber erſt nach dem Teſtiren, demſelben geboren, oder von ihm legitimirt oder adoptirt, oder durch Wegfallen der Mittelglieder deſſen suus geworden iſt [8]). —

1) Das deutſche Wort Hauskind iſt für den Römiſchen Begriff des filius familias nicht wohl genügend, doch fehlt es an einem beſſern. Es ſcheint nur dem deutſchen Begriffe von getrennter Oekonomie gegenüber zu ſtehen.

2) l. 4. D. de his qui sui vel al. (1. 6.)

3) l. 239. pr. D. de V. S. (50. 16.)

4) §. 2. I. de hered. qual. et diff. (2. 19.) Schweppe Rechtsg. §. 372.

5) §. 2. I. de hered. quae ab int. def. (3. 1.)

6) Brissonius de V. S. v. postumus.

7) §. 4. I. de tut. (1. 13.) §. 2. I. de hered. quae ab int. def. (3. 1.) l. 2. pr. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.)

8) l. 3. §. 1. D. de inj. rupt. irr. test. (28. 3.) Gaji Ep. 2,

Bloß geglaubte väterliche Gewalt hat keine rechtliche Wirkung [1]). In öffentlichen [2]) und geistlichen [3]) Angelegenheiten handelt der im Uebrigen zu solchen Geschäften geeignete Haussohn wie ein pater familias.

Erste Abtheilung.

Von den Wirkungen der väterlichen Gewalt.

I. Von der Einheit der durch väterliche Gewalt verbundenen Personen.

§. 646.

Nach älterm Röm. Rechte besaß der Vater über seine Kinder ein Eigenthumsrecht, fast wie über seine Sclaven. Veränderte sich die Wirkung der Vatergewalt zwar durch die Sitten schon in Rom beträchtlich: so blieb doch ein großer Theil der Folgen jenes strengen Verhältnisses. Zu diesen gehört zuvörderst die noch übrige unitas personä [4]) zwischen Vater und Hauskind und zwischen allen Hauskindern desselben pater familias [5]); welche diese verschiedenen Familienglieder in manchen Verhältnissen des Privatrechts nicht als eben so viel verschiedene Rechtssubjecte, sondern als ein dem Willen des Vaters untergeordnetes einziges Rechtssubject erscheinen ließ. In Deutschland ist diese Einheit der Personen keineswegs aufgeho-

3. §. 3. Schilteri Ex. ad P. ex. 38. §. 66 — 68.

1) l. 50. pr. D. de acq. poss. (41. 2.) l. 44. pr. D. de usurp. (41. 3.)

2) l. 9. D. de his qui sui. (1. 6.) l. 4. D. de judic. (5. 1.) l. 13. §. 5. l. 14. pr. D. ad S. C. Treb. (36. 1.)

3) c. 3. de jud. in VI. (2. 1.)

4) l. 11. C. de impub. et aliis subst. (6. 26.)

5) §. 10. I. de test. ord. (2. 10.) Die l. 38. pr. D. de cond. ind. (12. 6.) ist bestritten genug, jedoch für diesen Punct deutlich. Donell. comm. j. c. lib. 14. cap. 19.

ben [1]), jedoch auf bestimmte Grenzen beschränkt [2]). Nämlich sie gilt bei uns in so weit, a) daß nach dem Rechte der Erbhörigkeit (s. g. Suität) die in der Gewalt des Vaters befindlichen Kinder dessen Nachlaß bei seinem Tode ipso jure erwerben [3]); b) daß eine von den auf diese Art durch väterliche Gewalt geeinigten Personen nicht beim Testamente eines Andern aus dieser Einigung gültiger Zeuge [4]) seyn kann, oder bei einem Testamente, in welchem ein solcher Andrer eingesetzt wird; c) daß das Verbot der Schenkung unter Eheleuten sich auch auf diejenigen Personen erstreckt, mit denen die Eheleute in derselben väterlichen Gewalt stehen [5]). — Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Hauskinde und zwischen allen in einer väterlichen Gewalt vereinigten Personen sind also, auch noch nach den in Justinian's Sammlungen aufgenommenen [6]) Bestimmungen, ungültig. Doch will dieses Verhältniß näher ins Auge gefaßt sein, damit der Begriff der unitas personä nicht zu weit ausgedehnt werde. So viel ist zunächst geblieben, daß zwischen Vater und Hauskinde kein förmlicher Proceß über das Vermögen geführt werden kann [7]),

1) A. M. ist v. Glück Pand. Bd. 2. §. 137. S. 236. f.

2) Die aus l. 16. D. de furtis (47. 2.) und l. 11. fin. C. de imp. et al. subst. (6. 26.) gefolgerte Allgemeinheit dieser Lehre geht viel zu weit.

3) l. 11. D. de lib. et post. her. (28. 2.)

4) §. 9. 10. I. de testam. ord. (2. 10.) Weiter als über eine solche Gegenseitigkeit erstreckt sich die Einheit aber nicht; beim Testamente eines Fremden z. B. gelten zwei Zeugen, die durch väterliche Gewalt vereinigt sind, für zwei, nicht für einen.

5) l. 3. §. 2. D. de don. int. V. et U. (24. 1.)

6) §. 6. I. de inut. stip. (3. 20.) l. 2. pr. D. de contr. emt. (18. 1.)

7) §. 12. I. de obl. qu. ex del. (4. 1.) l. 4. l. 11. D. de jud. (5. 1.) l. 7. D. de O. et A. (44. 7.) — l. 16. D. de furt. (47. 2.) „Non magis cum his quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.“ — Nur die ausgenommenen Peculien weichen hiervon ab, s. §. 650.

ja selbst ein schon obschwebender hört von selbst zwischen dem Arrogirenden und dem Arrogirten durch die Arrogation auf. Sollte aber das Hauskind gegen den Vater oder dieser gegen jenes Beschwerden über persönliches Benehmen führen wollen: so hat der sich Beschwerende eine Imploration an den Richter zu bringen, welcher dann von Amts wegen untersuchen soll, d. i. ohne es zu einer beiderseitigen Verhandlung kommen zu lassen [1]). — Eine Schenkung zwischen Vater und Hauskinde [2]) gilt nicht (s. oben), aber auch nicht einmal eine donatio remuneratoria, weil selbst ein oneroses Geschäft zwischen Vater und Hauskinde nicht Statt findet [3]). Jedoch wird die Schenkung nachständig zu einer ursprünglich gültigen gemacht, wenn der Vater, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, stirbt [4]) oder den Sohn emancipirt [5]). — Wenn nun zwar aus einem Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Hauskinde eine förmliche und klagbare Obligation nicht entsteht: so entspringt daraus doch eine obligatio naturalis, die nach Aufhebung der väterlichen Gewalt gegen denjenigen von Beiden, welcher wegen Ungültigkeit des Geschäfts Ansprüche an den Andern macht, Einreden an die Hand giebt [6]). Aus der Existenz der obligatio naturalis in einem solchen

1) l. 19. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) l. 5. pr. §. 1. D. de agn. et al. lib. (25. 3.) l. 92. D. de cond. et demonstr. (35. 1.) — Wurde jedoch über das Daseyn der väterlichen Gewalt gestritten: so gab es außer einer amtlichen Untersuchung auch noch eine förmliche Klage. l. 1. §. 1. D. de R. V. (6. 1.) Thibaut Pand.-R. §. 367.

2) Das, was der Vater dem Hauskinde schenkt, kommt in des Letzteren peculium profectitium, also eigentlich nicht aus des Vaters Vermögen hinweg, s. §. 649. l. 1. §. 1. D. pro don. (41. 6.) l. 11. l. 17. C. de don. (8. 54.)

3) Faber de error. pragmat. Dec. 41. e. 6.

4) l. 25. C. de don. int. V. et U. (5. 16.) l. 6. §. 2. in fin. C. de bonis qu. lib. (6. 61.)

5) l. 17. C. de don. (8. 54.) l. 31. §. 2. D. de don. (39. 5.)

6) l. 38. §. 1. 2. D. de cond. ind. (12. 6.)

Falle ergiebt sich folgerecht, daß die Bürgschaft eines Dritten für die Schuld des in väterlicher Gewalt befindlichen Kindes an den Vater allerdings Gültigkeit hat (s. Thl. 3. S. 337.); aber es steht damit in einem scheinbaren Widerspruche, daß die Bürgschaft eines Dritten für eine Schuld des Vaters an das Hauskind dennoch ungültig ist, — ein Satz, welcher lediglich aus dem ältern Rechte stammt, indessen von Justinian [1]) beibehalten ward. Im strengen alten Rechte war es sehr consequent, daß, da jede vom Hauskinde erworbene Forderung dem Vater erworben wurde, eine dem Hausſohne erworbene Forderung an den Bürgen, der für den Vater bürgte, ebenfalls dem Vater selbst zukam, mithin jene Bürgschaft ungültig seyn mußte, indem es für juristisch unmöglich erkannt ward, daß Jemand eine Bürgschaft für seine eigene Schuld sich bestellen ließe.

II. Von den Rechten des Vaters über die Person des Kindes.

§. 647.

Von dem altrömischen Rechte des Vaters, die Kinder, welche in seiner Gewalt standen, zu veräußern, ja sogar zu tödten oder noxae zu geben, ist bei uns nichts übrig geblieben. Zu den Vaterrechten gegen Hauskinder gehören nur noch folgende: a) alle schon in den älterlichen Verhältnissen liegenden Rechte und namentlich das auf die Dienste [2]) der Kinder (s. §. 644.). — b) Das Recht, für das unmündige Hauskind ein Testament zu machen [3]) (s. unten §. 812.). — c) Das Recht, im Testamente dem minder-

1) l. 56. §. 1. D. de fidejuss. (46. 1.)
2) l. 7. pr. D. ad l. Aquil. (9. 2.) l. 3. D. de usu et usufr. leg. (33. 1.)
3) l. 2. pr. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.)

jährigen Hauskinde einen Vormund zu ernennen [1]) (s. §. 735.). — d) Das Recht, die Heirath der Kinder zu bewilligen oder zu verbieten [2]) (s. §. 708.). — e) Das Recht, auf Herausgabe der Kinder zu klagen, sowohl mit der Vindication, als dem Interdicte auf Herausgabe der Kinder, als durch bloße Anrufung des richterlichen Amtes [3]). Das Interdictum ist jetzt das eigentliche Rechtsmittel, durch welches man seine Hauskinder, die von Dritten zurückgehalten werden, wiederfordern kann. Es ist sowohl interdictum de exhibendis als de ducendis liberis, und jenes ist vorbereitend für dieses [4]). Nothwendige Grundlage dieses Interdicts ist die väterliche Gewalt [5]); weßwegen es die Mutter nicht hat [6]). Es steht gegen Jeden zu, welcher das Hauskind wider dessen Willen zurückhält, es sei aus welchem Grunde es wolle, oder selbst dessen pater familias zu seyn behauptet; verweilt aber das Kind freiwillig bei einem Fremden und dieser will sich auch keine väterliche Gewalt über dasselbe anmaßen: so hat das Interdict nicht Statt [7]). — Der Retinent muß, sobald die

1) §. 3. 5. I. de tutel. (1. 13.) l. 1. §. 1. D. de confirm. tut. (26. 3.)

2) l. 2. D. de ritu nupt. (23 2)

3) l. 1. §. 2. D. de R. V. (6. 1.) Noodt ad P. VI. 1.

4) Tit. D. 43. 30. de liberis exhibendis item ducendis; besond. l. 3. § 1. D. eod. vgl. mit l. 1. pr. l. 3 pr. D. eod.

5) l. 1. §. 1. D. eod.

6) Diesem scheint zwar l. 2. C. de lib. exhib. (8. 8.) zu widersprechen; aber falls das Rescript an ein Frauenzimmer gerichtet war: so bezog es sich, wie die Ueberschrift des Codextitels beweiset, auf das int. de libero homine exhibendo, zu dessen Gebrauche allerdings väterliche Gewalt nicht erforderlich war.

7) l. 5. D. eod. — Daß gegen den Sohn selbst, welcher die väterliche Gewalt bestreitet, dieß interdictum vom Vater angestellt werden könne, scheint nach dessen Sinne, da immer ein Retinent vorausgesetzt wird, undenkbar, und wird auch durch l. 3. §. 3. D. eod. ausdrücklich verneint. Man muß l. 4. D. eod. und l. 1. C. de lib. exhib. (8. 8.) als unvollständig in der Darstellung der factischen Umstände ansehen; da ein Widerspruch kaum zu vermuthen ist. Cujacius ad African. tract. 4. ad l. 4. l.

väterliche Gewalt erwiesen ist, das Hauskind dem Vater unbedingt herausgeben [1]); jedoch, wenn die Mutter des Kindes dieß wegen schlechten Benehmens des Vaters oder aus andern trifftigen Gründen selbst retinirt, muß es ihr gelassen werden, ohne daß deßhalb [2]) die väterliche Gewalt gemindert wird. Auch wenn der Vater seine Tochter dem Schwiegersohne abfordern wollte: so konnte dieser mittelst der Einrede, daß die väterliche Gewalt nicht barbarisch (acerbe) ausgeübt werden dürfe [3]), den Vater besiegen; bei uns bedarf es dieser Einrede nicht, da der Anfang der eigenen, vom Vater getrennten Haushaltung nach deutscher Sitte die väterliche Gewalt aufhebt [4]). — Ist das Kind, wegen dessen Rückkehr mit dem Interdicte gestritten wird, unmündig: so kann der Richter wegen besondrer Umstände nach seinem Gutfinden die Entscheidung des Processes bis zur Mündigkeit des Kindes aufschieben; auch kann er während des Streits Sequestration des Kindes bei einem Dritten verfügen.

III. Von dem Erwerb des Vaters durch die Kinder.

§. 648.

Die Hauskinder können für den Vater erwerben [5]), oder sich etwas für ihn gültig versprechen lassen [6]); ja was

c. in Opp. T. I. p. 1325. und ad tit. Cod. 8, 8. in Opp. T. 9. p. 1169.

1) l. 1. §. 2. D. eod.

2) Etiam si maxime probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit. — Obtinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur, l. 3. §. 5. D. eod. cf. l. 1. §. 3. D. eod.

3) l. 1. §. 5. D. eod.

4) Eichhorn deutsch. Priv.-R. §. 314.

5) pr. I. per quas pers. cuique acq. (2. 9.) pr. I. per q. pers. nob. obl. acq. (3. 29.)

6) l. 130. D. de V. O. (45. 1.)

sie irgend erwerben, gehört regelmäßig dem Vater [1]); woher denn auch die Schenkung des Vaters an das Hauskind an sich unwirksam bleibt (s. §. 646.). Diese Lehre vom Erwerbe des Vaters durch die Kinder ist zum Theil verändert, nachdem das Institut des kindlichen Sonderguts (peculium) sich ausbildete (s. §. 648. *a* ff.). Contrahirt jetzt der Sohn für den Vater, so wird dadurch dem Vater erworben; da hier der Sohn nicht allein nach altem Rechte als filiusfamilias dem Vater erwerben würde, sondern sogar jeder fremde Procurator auf diese Art seinem Principale erwirbt (S. Thl. 3. S. 284.). Wenn aber das Hauskind für sich, nicht für den Vater contrahirt: so muß nach der Lehre von den Peculien unterschieden werden, ob die Erwerbung des Sohnes in dem Vermögen des Vaters ihren Grund hat, oder nicht. Hat sie darin ihren Grund: so fällt sie dem Vater zu, indem sie ins peculium profectitium [2]) fällt; bei entgegengesetztem Ursprunge kommt sie in ein anderes Sondergut [3]) und höchstens zum Nießbrauch des Vaters.

IV. Von dem Peculium des Kindes.

§. 648. *a*

Ein Sondergut des Sclaven mochte am frühesten entstanden seyn. Nach und nach bildete sich auch für den Erwerb der Hauskinder dieser Begriff aus, so daß peculium nun den Güterinbegriff eines Hauskindes bedeutet [4]). —

1) l. 40. l. 45. pr. §. 4. D. eod.

2) §. 1. I. per quas p. cuiq. acquir. (2. 9.)

3) pr. I. p. quas p. n. obl. acq. (3. 29.) l. 8. §. 3. C. de bonis quae lib. (6. 61.)

4) l. 5. §. 3. 4. D. de pec. (15. 1.) l. 182. D. de V. S. (50. 16.) Das peculium ist eine Gesammtheit (universitas) von Rechten, wie die Erbschaft, l. 20. §. 10. D. de her. P. (5. 3.), und wer zu Herausgabe desselben ver-

In den ältern Zeiten war bei den Römern das Sondergut des Hauskindes bloß factisch vorhanden, indem es keine rechtliche Existenz hatte, sondern von der Willkür des Vaters jederzeit wieder eingezogen werden konnte. Weder das Hauskind noch ein Dritter konnte damals Rechte am Peculium haben. Nach und nach aber erhielten Dritte das aus der Billigkeit und den Sitten entspringende Recht, des Sohnes Sondergut zum Zwecke der Erfüllung von Verbindlichkeiten, welche derselbe eingegangen hatte, in Anspruch zu nehmen. Wurde auf solche Weise das peculium von fremden Ansprüchen erschöpft oder gar überstiegen: so mußte es der Vater den Gläubigern seines Sohnes überlassen [1]). — Späterhin bildete sich diese Lehre immer mehr aus, je unwirksamer die privatrechtliche Einheit zwischen Vater und Hauskindern wurde und je milder sich die väterliche Gewalt gestaltete. Man unterschied [2]): A) alles Dasjenige, was ein Sohn im Kriegsdienste oder bei Gelegenheit und zum Zwecke desselben erworben hatte, und es war bei einem so kriegerischen Volke, wie die Römer sich gezeigt, sehr natürlich, daß der Sohn gleichsam zum Lohne seiner Tapferkeit, dergleichen Erwerbungen zum freien d. i. von der Vatergewalt unabhängigen Vermögen erhielt. Dieß ist das peculium castrense. B) Der Dienst in der Toga war dem Staate aber ebenfalls wichtig und man räumte daher wichtigen Staatsdienern, namentlich auch den, nach der Römischen Verfassung sehr bedeutenden, Rednern und Rechtsfreunden, Advocaten, das Recht eines solchen freien

pflichtet ist, muß auch das daraus Erworbene oder für einen Theil desselben neu Angeschaffte herausgeben, so daß es dabei richtig heißt: res succedit in locum pretii, l. 3. D. de castr. pec. (49. 17.) l. 1. fin. C. eod. (12. 37.)

1) Tit. Dig. 15. 1. de peculio.

2) Hugo Rechtsgesch. 10te Aufl. S. 204. 905. f. 924. Schweppe R.-G. §. 375.

Sonderguts für die in ihrem Geschäfte gemachten Erwerbungen ein; peculium quasi castrense. C) Was aber aus dem Vermögen des Vaters stammte und aus diesem durch Nachsicht oder Verleihung von Seiten des Vaters ins Sondergut des Sohnes kam, blieb in der alten, unveränderten Regel stehen, und konnte als regelmäßiges peculium angesehen werden, jetzt peculium profectitium genannt. D) Diesem regelmäßigen, dem Vater unterworfenen peculium gegenüber, aber auch im Gegensatze mit dem p. castrense und quasi castrense schied sich ein Sondergut der Hauskinder aus dem profectitium aus, welches den Namen peculium gar nicht erhielt, doch gegenwärtig peculium adventitium genannt wird. Dieses (bona, quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquiruntur) begriff anfänglich bloß das vom Vater, welcher unordentlich bewirthschaftet, dem Hauskinde herauszugebende Fideicommissum, dann auch des Kindes Erbschaft von seiner Mutter, dann ferner dessen Erbschaft von allen seinen mütterlichen Ascendenten, hierauf noch was ihm durch seine Ehe zu Theil wird, und endlich nach Justinian's Bestimmung aller Erwerb ohne Unterschied, sofern er nicht aus dem Vermögen des Vaters kommt. Der Vater hat daran nicht gleiche Rechte (s. §. 652. u. 653.). — Praktisch ist mithin gegenwärtig das peculium adventitium als Regel anzusehen. Will der Vater dagegen streiten: so muß er beweisen, daß der fragliche Gegenstand aus seinem Vermögen erworben sey. Zu dem castrensischen und quasicastrensischen Sondergute gehören ebenfalls besondre Erwerbsquellen, welche erforderlichen Falles bewiesen werden müssen. Das p. castrense und quasi castrense nennt man auch militare, das profectitium und adventitium aber paganum.

A. Vom peculium profectitium.

§. 649.

Nach dem neuesten Römischen Rechte ist die älteste Art des Sondergutes der Hauskinder, das peculium schlichtweg, bei den Neuern peculium profectitium, bloß noch dasjenige Vermögen, welches dem Hauskinde aus dem Vermögen des Vaters während der väterlichen Gewalt, und ohne zum Zwecke einer militia gegeben zu seyn oder ins peculium quasi castrense zu gehören, zugeflossen ist. An diesem Sondergute hat der Vater das volle und freie Eigenthum behalten [1]), der Sohn aber gar kein Recht.— Zum Profectitium muß zunächst gerechnet werden, was das Hauskind als Mandatar des Vaters oder für denselben erwirbt; man geht aber zu weit, wenn man dahin auch das ziehen will, was das Kind von Dritten, aber um des Vaters willen erhält [2]), vielmehr kommt dieß ins

1) §. 1. I. per q. pers. cuiq. acq. (2. 9.) l. 6. pr. C. de bonis quae lib. (6. 61.)

2) Man führt für diese Behauptung folgende Stellen an: §. 1. I. eod. (2. 9.): „quae enim invidia est, quod *ex patris occasione* profectum est, hoc ad eum [patrem] reverti?“ l. 21. l. 22. D. de usufr. (7. 1.) l. 45. §. 4. D. de acq. v. om. her. (29. 2.) Der Schluß davon, daß es für einen Erwerb ex re usufructuarii anzusehen ist, wenn der in usufructu befindliche Sclav um jenes willen zum Erben eingesetzt wird, — auf das Hauskind, welches irgend Etwas um des Vaters willen bekommt, ist irrig. Denn Justinian setzt in den dispositiven Worten das Wesen des Profectitiums darein, daß es ex re oder ex substantia patris wirklich entsprungen sey, und das läßt sich von dem nicht sagen, was Dritte um des Vaters willen dem Hauskinde geben. Die Worte ex occasione patris sind bloß enunciativ und kommen nur beiläufig beim Besprechen des Gegenstandes vor; schon deßwegen sind sie nicht in Betracht zu ziehen. Und selbst scheint occasio im gemeinen Leben für „Vorrath, vorhandene Habe“ bei den Römern gebraucht zu seyn, z. B. Plin. nat. hist. 36, 26. lapidum occasio; ibid. 23, 4. vetusti olei occasio; Colum. 9, 1. oleae occasio; wonach dann die Institutionenstelle „aus des Vaters Vermögen“ zu übersetzen wäre. Sintenis hat es eben so verstanden und übersetzt: „was

Adventitium. — Was der Sohn durch seine eigene Arbeit und Mühe, jedoch mit dem Gelde des Vaters erwirbt, wollten Einige zwischen Vater und Sohn theilen, wodurch ein Societätsverhältniß zwischen ihnen fingirt würde; man hat dazu gar keinen wissenschaftlichen Grund. Es muß ein solcher Erwerb vielmehr ganz ins Profectitium gezogen werden, — was nach älterm Rechte einem Zweifel nicht unterliegen kann und im neuern Rechte nicht als abgeändert nachzuweisen ist [1]). — Was aus des Vaters Vermögen zu dessen Strafe in das des Kindes übergehet, z. B. bei der zweiten Ehe des Vaters oder bei einer widerrechtlichen Ehescheidung, kommt nicht ins Profectitium, sondern ins Adventitium (s. §. 653.).

Da der Vater am peculium profectitium Eigenthum und Benutzung, das Kind gar kein Recht hat [2]): so hat es auch nicht den Besitz, sondern dieser wird dem Vater ohne dessen eigenes Mitwissen durch das Kind erworben, selbst zum Zwecke der Ersitzung [3]), vorausgesetzt daß das Kind in bona fide [4]) und der Vater nicht in mala fide war [5]). — Das Hauskind hat nie mehr, als die Administration des peculii profectitii; aber auch diese nur nach Willkür des Vaters, der sie ihm gegeben hat, beschrän-

vom Vater ausgeht", s. d. Corp. Jur. v. Schilling u. Sintenis. Thl. I. S. 56. — Auch paßt die Parallele mit dem Sclaven nicht. Dieser erwirbt gar kein Eigenthum; mithin blieb bloß die Frage, ob der Proprietar oder der Usufructuar es erwerben solle. — Endlich giebt auch l. 19. D. de acq. rer. dom. (41. 1.) eine richtige Analogie.

1) Faber de erroribus pragmat. dec. 41. err. 8. Harpprecht Diss. de operis liberorum (Dissert. academ. Tubing. 1737. Tom. I. num. 1.) §. 29 — 33.

2) Besondere Verhältnisse bildeten Ausnahmen, z. B. l. 7. C. solut. matr. (5. 18.), der Vater durfte die dos nicht willkürlich zurückfordern, wenngleich sie von ihm kam. (s. unten.)

3) l. 1. §. 5.. l. 4. D. de acq. poss. (41. 2)

4) l. 2. §. 10. 12. D. pro emtore. (41. 4.)

5) l. 2. §. 13. D. eod.

ken und nehmen kann. Das Hauskind darf in keinem Falle aus dem Profectitium etwas verschenken [1]), außer mit Bewilligung des Vaters. Hat es aber einmal die freie Administration, so gehören andre Veräußerungen [2]), welche nicht Schenkungen sind, allerdings dazu; das Hauskind kann dann selbst Vergleiche und Novationen [3]) eingehen. Doch auch ohne freie Administration des Profectitiums zu haben, kann der filius familias darin gültig zahlen und Zahlung annehmen [4]). Klagen anzustellen für dieß peculium stehet dem Hausfohne nicht ohne Unterschied frei; denn er kann es zwar Namens des Vaters und hat dabei ein vermuthetes Mandat, wobei er indessen Caution für die Genehmhaltung wie jeder andre Mandatar machen muß [5]); aber im eigenen Namen kann er nicht klagen, doch soll ihm dieß, aus einem Contracte oder Delicte, in Abwesenheit des Vaters erlaubt seyn [6]). — Ausnahmsweise gestattet das gemeine Recht den Hauskindern einen größern Anspruch an das Profectitium in folgenden Fällen: A) Wenn der Vater die dem Sohne geschenkten Sachen [7]) bei der Emancipation nicht wieder zurücknimmt (s. §. 646.). B) Wenn der Vater durch den Sohn einen Nießbrauch erworben hat, so soll derselbe nach dem bürgerlichen oder natürlichen Tode des Vaters diesem

1) l. 28. §. 2. D. de pact. (2. 14.) l. 1. §. 1. D. quae res pign. v. hyp. (20. 3.) l. 7. pr. — §. 3. D. de don. (39. 5.)

2) l. 18. §. 4. l. 19. D. de pign. act. (13. 7.) l. 10. C. quod cum eo qui in al. pot. (4. 26.)

3) l. 16. l. 23. l. 25. D. de novationibus. (46. 2.) vgl. mit l. 34. pr. D. eod. l. 20 — 22. D. de jurej. (12. 2.)

4) l. 21. 22. D. eod. l. 25. D. de novat. (46. 2.) l. 35. D. de solut. (46. 3.)

5) l. 35. pr. D. de procur. (3. 3.) l. 12. C. eod. (2. 13.)

6) l. 18. §. 1. D. de judic. (5. 1.) l. 9. l. 13. D. de O. et A. (44. 7.) Scipio Gentilis de bonis maternis. cap. 26. (in Opp. Tom. II. p. 112. seq.)

7) l. 31. §. 2. D. de don. (39. 5.) l. 17. C. eod. (8. 54.)

Sohne vorweg zufallen, unabhängig davon, ob Dieser Jenes Erbe wird oder nicht [1]). C) Wenn der Fiscus das Vermögen des Vaters [2]) wegen dessen Schulden einzieht [3]): so soll das peculium der Hauskinder diesen abgetrennt und gelassen werden. — D) In Beziehung auf die dos, welche die filia familias von dem Vater erhalten hat, in dessen Gewalt sie stehet, gelten besondre Bestimmungen. Bekommt die Tochter diese dos aus dem Vermögen ihres Ehemanns zurück: so fällt sie nicht wieder ganz an den Vater [4]), sondern sie ist mit demselben gemeinschaftlich Eigenthümerin. Wenn daher der Vater die dos in den zur Zurücknahme geeigneten Fällen vom Schwiegersohne oder dessen Erben zurückfordert: so kann er dieß nicht allein, sondern nur mit seiner Tochter zusammen; erhält er sie dennoch, so behält die Tochter ihr Vorrecht, darf nach beendigter väterlicher Gewalt die dos von deren Schuldnern einklagen, und diese müssen sie dann zum andern Male zahlen [5]). — Auch kann die Tochter,

1) l. 17. fin. Cod. de usufr. et hab. (3. 33.)

2) Wird des Vaters Vermögen zu dessen Strafe eingezogen: so geht das peculium auch verloren, l. 1. §. 4. D. quando de pec. annal. actio. (15. 2.) v. Glück Pand. Bd. 2. S. 254.

3) l. 3. §. 4. fin. D. de min. vig. quinq. (4. 4.). Dieß gilt aber nur, wenn der Fiscus Gläubiger ist, nicht bei den Ansprüchen anderer Gläubiger, arg. pr. I. quib. non est permiss. (2. 12.), wo ausnahmsweise, in Bezug auf das peculium castrense, gesagt ist: „neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare."

4) l. 2. §. 1. D. soluto matrim. (24. 3.): „ipsius et filiae dos est." — l. 34. §. 6. D. de solut. (46. 3.) Andere Stellen scheinen die Tochter als alleinige Eigenthümerin anzusehen: l. 3. §. 5. D. de minor. (4. 4.), l. 16. D. de rel. et sumpt. fun. (11. 7.); aber diese sind sehr gut von einem Miteigenthume zu erklären. Die l. 71. D. de evict. (21. 2), l. 4. D. de collat. (37. 6.) und l. 1. §. fin. D. de dotis coll. (37. 7.) reden von der Dos während des Bestehens der Ehe, zu welcher Zeit sie allerdings sich nicht in bonis patris befindet.

5) l. 34. §. 5. D. de legatis II. (31.) „quod imprimis est, non esse consumptam de dote actionem mulieri, cum patri suo non consenserit" — etc.

wenn sie wiederheirathet, dieselbe dos von ihrem Vater zu bekommen verlangen [1]); und wird des Vaters Vermögen confiscirt [2]): so muß ihr die dos überlassen werden oder bleiben. Bei der Erbschaft des Vaters erhält sie im Zusammentreffen mit Nichtdescendenten ihre dos zum Voraus [3]). Alles dieß kommt jedoch nur zur Anwendung, wenn die dos während der väterlichen Gewalt zurückgegeben wird; denn endet diese vor der Rückzahlung, so fällt die dos als ausschließliches Eigenthum an die Tochter [4]), selbst dann, wenn der Vater die Klage darauf mit ihr zusammen angestellt haben mochte.

B. Vom peculium militare.

§. 650.

Man kann das peculium castrense und das p. quasi castrense wohl unter dem Namen militare zusammenfassen, wenngleich nicht ganz paßlich. Zum p. castrense [5]) gehört Alles, was der Hausfohn durch seinen Soldatenstand oder bei Gelegenheit desselben erworben hat, und nicht würde erworben haben, wenn er nicht Kriegsdienste geleistet hätte; und zwar: a) nicht nur Sold und Beute, welche schon durch den allgemeinsten Begriff dieses Sondergutes angedeutet werden; b) sondern auch alles Bewegliche [6]), was dem in den Krieg ziehenden Hausfohne

1) Nov. 97. c. 5.
2) l. 2. C. soluto matrim. (5. 18.) — vgl. S. 44. Note 2. u. 3.
3) l. 12. C. commun. utr. jud. (3. 38.)
4) l. 31. §. 2. l. 42. pr. D. solut. matrim. l. un. §. 14. C. de rei uxor. act. (5. 13.) Cujacius, respons. Papin. lib. 4. ad leg. 42. pr. D. solut. matr. et lib. 9. ad leg. 14. pr. ad leg. Falcid. (in Opp. Tom. IV. pag. 998. 1216.)
5) l. 11. 16. §. 1. D. de castr. pec. (49. 17.) l. 1. C. eodem. (12. 37.)
6) Nicht Grundstücke, l. 4. C. fam. hercisc. (3. 36.) l. 1. fin. C. de castr. pec. (12. 37.)

Verwandte und Freunde schenken, da die Veranlassung zu solchen Schenkungen in dem Kriegsdienste gefunden wird; c) die durch Testamente seiner Kameraden [1]) ihm hinterlassenen Erbschaften und deren Schenkungen, mögen diese auf den Todesfall oder unter Lebenden gemachten Erwerbungen von eigentlichen Mitsoldaten oder andern durch den Kriegsdienst mit ihm in Verbindung stehenden Personen herrühren [2]), — wobei denn auch unter Mobilien und Immobilien kein Unterschied Statt findet [3]), — und wobei, im Falle des Zweifels über die occasio militiae einer Erbschaft, angenommen werden soll, daß ein Testament, nach Eintritt der Kameradschaft (post commilitium) gemacht, auch wegen derselben gemacht sey [4]). d) Endlich soll ins peculium castrense der Hayssohn sogar die Erbschaft ziehen dürfen, welche ihm von seiner Ehefrau während des Kriegsdienstes testamentarisch hinterlassen wird [5]), — aber nicht die gültigen Schenkungen, welche seine Ehefrau ihm unter dieser Zeit macht, und auch nicht die Erbschaften, die ihm unterdessen von andern Personen hinterlassen werden [6]). — Für das peculium quasi castrense [7]) giebt es keinen umfassenden Begriff, unter welchen sich die einzelnen Entstehungsarten stellen ließen; denn es ist ungenau [8]), wenn man dafür im Allgemeinen Er-

1) Obgleich sie auch mit ihm verwandt seyn und die Einsetzungen also ohnehin natürlich scheinen mögen.

2) l. 1. 4. C. eod. l. 5. D. eod.

3) l. 4. C. famil. herc. (3. 36.)

4) l. 19. pr. D. de castr. pec. (49. 17.)

5) l. 13. l. 16. pr. D. eod.

6) l. 6. l. 8. l. 16. §. 1. D. eod. l. 1. C. eod. (12. 37.)

7) Vgl. A. M. in mehreren Puncten bei v. Löhr v. d. Peculien eines fil. fam. Archiv f. c. Praxis. Th. 10. Nr. 7. Abschn. 3.

8) Man will ein solches Princip aufstellen theils nach Analogie des Advocatenerwerbs, theils wegen l. 37. fin. pr. C. de inoffic. testam. (3. 28.) Jener aber läßt sich gar nicht analog ausdehnen, und wenn man diese Stelle nur

werb durch Amt oder Wissenschaft und Kunst annehmen will. Von den Entstehungsarten des pecul. quasi castr. im Röm. Rechte sind auch einige abgekommen, so daß jetzt noch folgende gelten: a) die Besoldung, welche das Hauskind in irgend einem öffentlichen Amte [1]) vom Staate erhält (salaria et stipendia publica); b) der Erwerb, welchen man durch das Amt eines Assessors [2]) beim Vorsteher der Provinz macht, wenngleich er nicht Besoldung ist, sondern aus andern erlaubten Quellen kommt (si quid licitis honestisque lucris coadunare potuerint), — wozu sich auch bei uns Analogien finden, da dem Ursprunge des Assessorates nach auch Privatsecretare dahin zu zählen seyn möchten. c) Was öffentlich bestellte Advocaten mittelst und bei Gelegenheit ihrer Geschäfte erwerben [3]), ist ebenfalls p. quasi castrense; da die Römer den Streit der Advocaten mit dem der Krieger verglichen [4]). Die Advocaten des höchsten Gerichtshofes dürfen Alles, was sie aus irgend einem Grunde während der Zeit ihrer Praxis erwerben [5]), ins quasi castrense ziehen. d) Desgleichen gehört dahin, was Hofbeamte des Landesherrn durch dessen Geschenke oder eigenen Fleiß [6]) erwerben. Wenngleich nun zwischen den Dienstverhältnissen am Hofe der Römischen Kaiser [7]) und denen am Hofe unserer Landesherren beträchtliche Unterschiede sich finden: so dürfte doch in Beziehung auf die hier berührte

eine Zeile weiter liest: so sieht man, in welcher Beschränkung von den „magistris studiorum liberalium, Archiatris quoque“ die Rede daselbst ist.

1) l. 37. pr. C. de inoff. test. (3. 28.)

2) l. 7. C. de assessor. (1·51)

3) l. 4. C. de adv. d. judiciorum. (2. 7.)

4) l. 14. C. eod.

5) l. 8. C. eod.

6) l. un. C. de castr. omn. pal. (12. 31.) l. 2. C. de priv. eor. qui in sacro pal. (12. 29.)

7) Verzeichniß der bevorzugten Hofbeamten der Röm. Kaiser s. l. 7. §. 1. C. de palatinis sacr. larg. (12. 24.)

Lehre der Schluß von jenen auf diese unzweifelhaft seyn.
e) Alle Geistlichen der im Staate anerkannten Religionen, sowohl die vornehmen, als selbst der untere Clerus erwerben in dieß Sondergut Alles, was sie während ihres geistlichen Standes auf irgend eine solche Art erwerben, daß es bei einem andern Hausſohne entweder ins pec. castr. oder ins pec. adventitium gefallen wäre; was jedoch im pec. profectitium bei einem Nichtgeistlichen seyn würde, geht auch bei ihnen dem profectitium zu [1]).
f) Endlich ist peculium quasi castrense Alles, was ein Hauskind vom Landesherrn oder dessen Gemahlin geschenkt bekommt [2]). — Frage: ob die Studienkosten, welche vom Vater für das Hauskind auswärtig aufgewandt werden, zum peculium quasi castrense gehören? Sie sollen vom Sohne nicht zurückgezahlt oder vergütet werden, falls sie der Vater (dem emancipirten) nicht bloß vorlieh [3]); allein das darüber redende Pandectenfragment sagt nicht das Mindeste von einem peculium, welches durch jene Studienkosten gebildet würde und redet auch nur vom emancipirten Sohne. Der Vater muß die Studienkosten geben, weil er aus väterlicher Pflicht den Sohn erhalten muß. Studienkosten, welche der Hausſohn von einem Fremden, z. B. dem Landesherrn, empfängt, können mit Recht zum pecul. adventitium oder zu dem pec. quasi castrense gerechnet werden; jedoch keineswegs als Stu-

1) l. 34. l. 50. C. de episcop. (1. 3.) Nov. 123. c. 19. Die Einschränkung will man, vermuthlich irrig, aus den Worten „ad eorum dominium venientes“ (Nov. l. c.), im Gegensatze von der Erwerbung ex re patris, herleiten. An letztere scheint aber der Gesetzgeber nicht gedacht zu haben. Lauterbach coll. Lib. 15. T. 1. §. 15. Vgl. Thibaut Pand.-R. §. 359. Not. y.

2) l. 7. C. de bonis quae lib. (6. 61.) A. M. ist Höpfner Comm. §. 428., wegen Annahme eines falschen Grundsatzes dieses peculii.

3) l. 50. D. fam. hercisc. (10. 2.)

dienkosten, sondern als Erwerb von fremden Personen überhaupt.

Die Rechte am peculium militare [1]) sind sich gleich, es mag pec. castrense oder quasi castrense seyn. Das Hauskind ist in diesem Sondergute wie ein homo sui juris [2]) und durch die väterliche Gewalt daher in keiner Beziehung beschränkt; er ist also freier Eigenthümer [3]) und Besitzer [4]) alles Dessen, was zu dem pec. militare gehört, und kann darüber ohne Beistimmung des Vaters schalten, auch ohne diese Proceß führen [5]); — ferner kann er es auch mittelst Testaments und ohne Testament vererben [6]), wie ein pater familias. Bei der väterlichen Erbschaft braucht es der Sohn nicht zu conferiren [7]), auch haben die Gläubiger des Vaters keinen Anspruch darauf. Dagegen ist aber der Hausſohn gehalten, alle seine eigenen Gläubiger [8]) aus dem pec. militare zu bezahlen, nicht bloß die castrenses, d. i. welche mit der privilegirten Erwerbsart im Zusammenhange stehen oder daraus ihre Forderung herleiten [9]); indessen haben dabei die creditores castrenses den Vorzug, daß ihren Ansprüchen die vor Er-

1) Cujacius ad §. 1. I. per quas pers. cuiq. acq. Erb, Unechtheit des pater familias. (Hugo civil. Mag. 4, 15. S. 474. ff.)

2) l. 2. D. de SCt. Mac. (14. 6.) l. 6. §. 13. D. de inj. r. irr. test. (28. 3.) pr. I. quibus non est perm. fac. test. (2. 12.) l. 4. §. 1. D. de castr. pec. (49. 17.)

3) l. 5. l. 19. §. 3. D. eodem. l. 7. C. de bonis quae lib. (6. 61.) l. 2. 3. C. de castr. pec. (12. 37.)

4) l. 4. §. 1. de usurp. (41. 3.)

5) Was ihm beim adventitium nicht zusteht. l. 8. pr. D. de proc. (3. 3.) l. 4. §. 1. D. de castr. pec. (49. 17.) „etiam invito patre.“

6) pr. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 12.) l. 7. §. 6. D. de donat. (39. 5.) l. 37. §. 1. C. de inoff. testam. (3. 28.)

7) l. 1. §. 15. D. de collat. (37. 6.) l. 21. C. eod. (6. 20.)

8) Soweit dieß pec. reicht, kann sich der Schuldner auf SCt. Maced. nicht berufen. s. §. 660.

9) pr. I. quib. non est perm. (2. 12.) l. 7. D. de castr. pec. (49. 17.)

werb des pec. castrens. contrahirten und die auch zugleich dem Vater [1]) obliegenden Verbindlichkeiten nachstehen müssen [2]). — Alle diese Rechte stehen dem Hauskinde am peculium militare immer zu, nicht z. B. bloß während des Soldatenstandes; ein Satz, der bei der Fähigkeit zu testiren ausdrücklich [3]) ausgesprochen und aller Consequenz nach auf die übrigen Vortheile der Kinder bei diesem Sondergute auszudehnen ist. Wiewohl nun also der Vater an demselben gar kein Recht [4]) hat: so treten doch folgende Bestimmungen [5]) ausnahmsweise ein: a) Im Falle der Sohn bei Administration dieses Sondergutes eines Curators bedarf: so ist der Vater dazu ausersehen [6]); b) schlägt das Hauskind eine ins peculium militare gehörige Erbschaft aus: so kann sie der Vater, wie wenn er selbst berufen wäre, antreten [7]); und verliert c) das Hauskind sein Vermögen durch ein Verbrechen, so fällt dieß peculium nicht an den Fiscus, sondern an den Vater [8]). — Da beim militare die väterliche Gewalt aufgehoben ist: so können in Beziehung auf dasselbe Vater und Hauskind mit einander Rechtsgeschäfte eingehen, ja sogar processiren [9]); auch gelten solche Schenkungen, welche der Vater dem Sohne zu diesem Sondergute macht, wie unter Fremden.

1) z. B. wegen versio in rem patris. (5. 70.)

2) l. 1. §. 9. D. de separat. (42. 6.)

3) pr. I. quib. non est perm. (2. 12.)

4) l. 98. §. 3. D. de solut. (46. 3.) l. 10. l. 12. D. de castr. pec. (49. 17.)

5) l. 19. §. 3. D. eod. l. 18. §. 3. D. eod.

6) l. 7. pr. C. de cur. fur.

7) l. 8. §. 2. C. de bonis quae lib. (6. 61.)

8) l. 3. C. de bonis proscript. (9. 49.)

9) l. 2. pr. D. de contr. emt. (18. 1.) l. 42. §. 3. D. de acq. v. om. hered. (29. 2.) l. 15. §. 1. 2. D. de castr. pec. (49. 17.) — l. 52. §. 5. 6. D. de furt. (47. 2.) l. 4. D. de judic. (5. 1.)

C. Vom peculium adventitium.

1. Dahin gehörige Fälle 1).

§. 651.

Das peculium, welches ohne diesen Namen im Röm. Rechte vielmehr bona genannt wird, und jetzt die Präsumtion für sich hat, das adventitium, hat sich allmählig durch einzelne Bestimmungen der Kaiser ausgebildet, indem den Kindern darüber freie Disposition und vorzüglich Testamentifaction gegeben worden war, welcher dann die Praxis und Theorie der Röm. Juristen bald das Eigenthum selbst hinzufügten. Es ist alles Vermögen der in väterlicher Gewalt stehenden Kinder, das nicht peculium militare und nicht profectitium ist [2]). Seit Hadrian waren auf diese Art die bona des Hauskindes ausgezeichnet, welche vom (unordentlich wirthschaftenden) Vater dem Kinde als Fideicommissum restituirt werden sollten [3]); Constantin fügte die bona materna, die Erbschaft des Hauskindes von der Mutter, hinzu [4]); Arcadius und Honorius erweiterten dieß auf die bona materni generis d. i. die Erbschaften von den mütterlichen Ascendenten überhaupt [5]); Theodosius und Valentinian auf die lucra nuptialia eines verheiratheten Hauskindes, oder Alles, was ihm durch seine Ehe zu Theil wird [6]); Justinian aber zuletzt auf allen Erwerb ohne Unterschied, welcher nicht vom Vater oder ex

1) Vgl. §. 648. *a*

2) l. 6. pr. l. 8. init. C. de bonis quae lib. (6. 61.)

3) l. 50. D. ad SC. Treb. (36. 1.) — eine Bestimmung, welche aus besondern Umständen, vorzüglich quia cautiones non poterant interponi, für einen ganz einzelnen Fall entstanden zu seyn scheint. s. unten §. 653.

4) l. 1. C. de bon. mat. (6. 60.)

5) l. 2. C. eod.

6) l. 1. l. 4. C. de bon. quae lib. (6. 61.)

substantia patris seinen Ursprung nimmt [1]). Ein Nießbrauch, welchen das Hauskind dem Vater ins peculium profectitium erworben hat, kommt nach des Vaters Tode ins adventitium des Kindes [2]). Dazu müssen auch diejenigen Güter gezogen werden, welche der Vater durch zweite [3]) Ehe an das Kind verliert; desgleichen alle Erbschaften und Geschenke von Dritten, so weit sie nicht ins militare gehören; und endlich insbesondre, was der Sohn bloß durch eigenen Fleiß und eigene Anstrengung erwirbt [4]).

2. Rechte daran.

§. 652.

Der allgemeine Grundsatz für die Rechte des Vaters und des Hauskindes am peculium adventitium ist (vergl. §. 653.), daß der Vater zwar Nießbrauch und Administration, das Kind aber die Proprietät hat [5]). Da durch besondre Gesetzgebung die ursprünglichen Rechte des Vaters an dem Vermögen des Hauskindes nur zu Gunsten des letztern abgeändert sind: so müssen sie, sobald diese Gunst vom Hauskinde nicht benutzt wird oder werden kann, wie-

1) l. 6. pr. §. 1. C. eod. pr. I. per quas pers. nob. obl. acq. (3. 29.) Vgl. übrigens §. 649. S. 41. Not. 2. Von Pathengeschenken s. Meißner vom stillschw. Pfandrechte §. 137.

2) Stirbt das Kind vor dem Vater, so bleibt der Nießbrauch bei der Person des Vaters. l. 17. fin. C. de usufr. et hab. (3. 33.) s. oben §. 649. B. Donellus, comm. 10, 17.

3) s. §. 720.

4) s. §. 649. oben. — §. 1. fin. I. per quas person. cuiq. acquir. (2. 9.)

5) §. 1. I. per quas person. cuiq. acq. (2. 9.) §. 2. I. de acq. per arrog. (3. 11.) l. 6. pr. §. 2. C. de bonis quae lib. (6. 61.) Erlischt die väterliche Gewalt, so hören die Rechte des Vaters am peculium auf; jedoch soll er im Falle freiwilliger Emancipation des Hauskindes den Nießbrauch an der Hälfte des Adventitiums behalten, l. 6. §. 3. C. eod., und wenn die bei Lebzeiten der Mutter emancipirten Kinder in der Folge ihre Mutter beerben, den Nießbrauch an einem Kopftheil der Erbschaft bekommen. l. 3. C. de bon. mat. (6. 60.)

der zum Besten des Vaters eintreten. Daher kommt es, daß derselbe in zwei Fällen gegen obiges Princip des adventitii Eigenthum an den dahin gehörigen Gütern erwirbt; nämlich a) wenn dem mündigen Kinde eine Erbschaft deferirt wird, es in die Annahme aber nicht willigt: so hat der Vater auch hier die Befugniß, in die Stelle seines Hauskindes zu treten, und erwirbt, falls er das Deferirte annimmt, Eigenthum [1]) für sich selbst; b) wird des Hauskindes Vermögen durch ein Verbrechen verwirkt: so bekommt der Vater auch dieß peculium und nicht der Fiscus [2]). — In allen übrigen Verhältnissen kann der Vater am Adventitium nur den Nießbrauch und die Verwaltung verlangen. Dieser Nießbrauch richtet sich nach den allgemeinen Regeln des Ususfructus, mit der Beschränkung, daß der Vater die Sicherheit wegen des Nießbrauches nicht zu machen genöthigt werden kann [3]). Der nießbrauchende Vater hat alle Lasten und Kosten der Gegenstände zu trägen [4]), ohne deßhalb den Bestand des Peculiums verringern zu dürfen. Seine Administration ist nicht der eines Vormundes gleichzustellen, denn dessen Pflichten hat der Vater keineswegs; vielmehr administrirt der Letztre kraft väterlicher Gewalt, die ihm die Administration von selbst überträgt, während der Vormund durch ein obrigkeitliches Decret sie erhält. Aus diesem Grunde, und weil er selbst Vortheil von dem peculium hat, haftet aber der Vater auch nicht bloß für diligentia quam quis suis, sondern für omnis culpa [5]). In der Regel ist diese väterliche Ad-

1) l. 8. pr. §. 1. C. eod.
2) l. 3. C. de bonis proscript. (9. 49.)
3) l. 8. §. 4. fin. C. de bonis quae lib. (6. 61.)
4) l. 8. §. 3. 4. fin. C. cit. — l. 1. med. C. de bonis matern. (6. 60.)
5) l. 1. C. de bon. mat. (6. 60.)

miniſtration unabhängig [1]) von der Zuſtimmung des Sohnes, und es folgt hieraus, daß der Vater ein Inventarium zu machen oder Rechnung abzulegen nicht nöthig hat; der Sohn muß ſich künftig bei der unnachgewieſenen, einfachen Angabe des Vaters beruhigen [2]). Indeß nimmt dieß dem Hauskinde die Befugniß keineswegs, demnächſt gegen den Vater wegen Verkürzung der bona zu klagen; doch muß dann das Kind gegen den Vater beweiſen, wie groß das Vermögen geweſen ſey und daß der Letztere in der Adminiſtration gefehlt habe. — Nur wenn der Vater wegen des adventitii einen Proceß [3]) führen, oder den angetragenen Erwerb von Erbſchaft, Schenkung oder Vermächtniß annehmen [4]) will, muß er dazu des mündigen Hauskindes Zuſtimmung ſuchen. — Veräußerungen aus dem Adventitium darf der Vater gar nicht machen, ſie ſind null und nichtig [5]). Nur zwei Fälle machen davon eine nicht weiter [6]) auszudehnende Ausnahme, nämlich wenn auf einer dem Hauskinde zugefallenen Erbſchaft Schulden oder Legate haften: ſo muß der Vater, wenn kein Geld in der Erbſchaft vorhanden iſt, Sachen verkaufen, um jene Anſprüche zu tilgen; zweitens Sachen im Adventitium, deren Beſitz läſtig und ſchädlich iſt, muß er ebenfalls verkaufen [7]). Für dieſe erlaubten Veräußerungsfälle bedarf er dann auch keineswegs eines obrigkeitlichen Decretes der Geſtattung; denn auf ihn kann man keinen richtigen Schluß vom Vormunde machen, und keine geſetzliche Be-

1) l. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (6. 61.)
2) l. 6. §. 2. l. 8. §. 4. C. eod.
3) l. 8. §. 3. C. eod.
4) l. 8. pr. §. 3. C. eod.
5) l. 1. l. 2. C. de bonis matern. (6. 60.) l. 4. C. de bon. quae lib. (6. 61.)
6) Namentlich iſt dem Vater keine Veräußerung wegen eines zu erreichenden Vortheils erlaubt. Geiger und Glück merkwürd. Rechtsfälle. Thl. 3. Nr. 37. §. 32—52.
7) l. 8. §. 4. 5. C. eod.

stimmung spricht dafür [1]). — Hat der Vater widerrechtlich aus dem Adventitium veräußert: so kann er selbst das Veräußerte wieder vindiciren. Denn dem Hauskinde konnte er nichts vergeben und als dessen Administrator hat er die Befugnisse desselben auszuüben; es ist auch kein Grund abzusehen, warum ihm aus seiner eigenen, fehlerhaften Handlung eine Einrede gegen die Vindication könnte entgegengestellt werden.

Bei solchen Rechten des Vaters bleibt den Hauskindern beim Adventitium bloß die Befugniß, ihn zu beschränken; doch haben sie den juristischen Besitz [2]), während der Vater bloß, wie jeder fructuarius, im Namen seines Hauskindes besitzt und die Detention hat. Zur Sicherheit ihrer bona materna haben die Hauskinder am Vermögen des Vaters ein stillschweigendes Pfandrecht (s. Thl. 2. S. 295.). Der Mangel größerer Befugnisse des Hauskindes bei diesem Sondergute tritt vorzüglich hervor im Verbote der Veräußerung, des Testirens und des Klagens. Nur mit des Vaters Einwilligung darf das Hauskind aus dem Adventitium veräußern [3]); aber selbst mit dieser Einwilligung kann es doch nicht darüber testiren [4]). Während der väterlichen Gewalt kann es über dieß Peculium überhaupt nicht klagen, wenn der Vater nicht beistimmt; am wenigsten also unterdessen widerrechtliche Veräußerungen des Vaters anfechten und das Veräußerte vindiciren. Aber es hat das Vorrecht, daß ihm keine Einrede der praescriptio

1) Geiger und Glück a. a. O.

2) v. Savigny R. d. Besitzes. 4te Ausg. S. 98. Glossa in l. 49. §. 1. de acq. v. amitt. poss.

3) l. 8. §. 5. C. de bon. quae lib. (6. 61.)

4) pr. I. quib. non est perm. test. fac. (2. 12.) l. 11. C. qui testam. fac. (6. 22.) l. 8. §. 5. C. de bon. quae lib. (6. 61.)

longi temporis entgegengesetzt werden darf, und daß gegen ein solches Hauskind die praescriptio longissimi temporis selbst erst von Beendigung der väterlichen Gewalt zu laufen anfängt [1]). Hierbei ist folgerecht, daß der Besitzer einer veräußerten, zum Adventitium gehörigen, Sache, ungeachtet er die Unrechtmäßigkeit der Veräußerung leugnet, dennoch deren Rechtmäßigkeit beweisen muß [2]). Denn dem Vater ist überhaupt jede Veräußerung aus dem Adventitium seiner Kinder verboten, und bloß ausnahmsweise die oben erwähnten zwei Fälle gestattet. Das klagende Hauskind stützt sich also auf die Regel und der excipirende Besitzer behauptet die Ausnahme, indem er (die Unrechtmäßigkeit der Veräußerung) bloß zu leugnen scheint [3]).

3. Peculium adventitium irregulare.

§. 653.

Man nennt **peculium adventitium irregulare** diejenigen Hauskindergüter, an denen, obwohl sie nicht zum pec. **militare** gehören, der Vater Nießbrauch oder Verwaltung nicht hat. Dieses tritt in folgenden Fällen ein: a) Ist dem Hauskinde Etwas geschenkt oder hinterlassen mit der Bestimmung, daß der Vater kein Recht daran haben solle: so gehört [4]) das Geschenkte oder Hinterlassene ins unregelmäßige Adventitium. Der Schenkende oder Hinterlassende kann dabei dem Vater alle Befugniß entziehen oder auch nur einige; im Falle der Entziehung eines Theils der väterlichen Befugnisse, bleibt der Rest derselben

1) l. 4. fin. C. eod. Nov. 22. c. 24.

2) Das Geschäft der Veräußerung mag schon vollzogen seyn oder noch nicht.

3) Geiger und Glück a. a. O.

4) Nov. 117. c. 1. pr. v. Glück Pand. Bd. 7. §. 546. S. 79 — 85.

bestehen [1]). Ist dem Vater der Nießbrauch genommen, so bleibt ihm folglich die Administration des auf jene Art Erworbenen; aber er braucht sie nicht zu übernehmen, — wobei dann schließlich der Richter die nöthige Anordnung treffen muß [2]). Das Pflichttheil aber, welches ein pflichttheilberechtigtes Hauskind von Jemanden erhält, kann solchergestalt dem Nießbrauche und der Administration des Vaters nicht entzogen werden; denn ein Pflichttheil muß unter diesen Umständen dem Hauskinde hinterlassen werden, der Vater ist auf dessen Nießbrauch und Verwaltung also gesetzlich angewiesen; das über das Pflichttheil Ueberschießende kann der Disponent aber auch fremden Personen zuwenden, und deßwegen muß sich der Vater gefallen lassen, daß es seinen Rechten entzogen wird [3]). — b) Wenn ein mündiges Hauskind ihm zugefallene Erbschaften, Vermächtnisse oder Schenkungen, welche der Vater mit ihm anzunehmen nicht geneigt ist, ohne dessen Einwilligung annimmt: so wird dieser Erwerb ein unregelmäßiges Adventitium, und der Vater hat nicht den Nießbrauch daran; solange jedoch das Hauskind nicht volljährig ist, hat der Vater, wenn er dazu bereit ist, die Administration, braucht sie aber nicht zu führen [4]). c) Beerbt der Vater mit seinem Hauskinde ein anderes seiner Kinder gemeinschaftlich ab intestato: so ist dem Erstern der Nießbrauch an des Miterben Theil entzogen [5]); jedoch ist kein Grund da, ihm, falls er darüber die Administration während der Min-

1) Stryck Us. Mod. P. lib. 7. tit. 1. §. 11.

2) l. 8. §. 1. D. de bon. quae lib. (6. 61.) Nov. 117. c. 1. § 1.

3) Nov. cit. c. 1. pr. J. G. Bauer de usufr. et administr. legitimae patri non adimendis. (Opusc. ac. T. I. num. 29.)

4) l. 8. pr. §. 1. C. eod.

5) Nov. 118. c. 2. verb.: „nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi vindicare.“

derjährigkeit des Hauskindes führen will, dieselbe auch zu entziehen. d) Was den Kindern, die sich noch in väterlicher Gewalt befinden, bei einer vom Vater widerrechtlich verursachten Ehescheidung von ihrer Mutter, aus den Gütern des Erstern zufällt [1]). Handelte in diesem Falle der Vater einstimmig mit der Mutter: so sollen die Kinder zwei Dritttheile des Vermögens beider Aeltern haben, und Letztere haben daran durchaus kein Recht. Wenn aber der Vater allein ohne Zustimmung der Frau sich scheidet (bei uns: die Veranlassung zur Scheidung durch seine Handlungen giebt): so verliert er die dos, die donatio propter nuptias und noch ein Dritttheil des Betrages der Letztern aus seinem Vermögen, an welchem Allen die Hauskinder das Eigenthum, ihre Mutter aber den lebenslänglichen Nießbrauch erhält [2]). — e) Der Vater büßt die Administration des Adventitiums auch durch offenbar schlechte Verwaltung ein und dann wird es zum unregelmäßigen [3]) Adventitium. Daß er zugleich den Nießbrauch verliere, ist keine Folge. Nur in einem Falle verliert er auch ihn: nämlich wenn [4]) er eine fideicommissarische Erbschaft in den Händen hat, welche er nach Beendigung der väterlichen Gewalt dem Hauskinde restituiren soll, dann aber vieler zum Schaden des Fideicommisses gereichender Handlungen überwiesen wird („multa in fraudem fideicommissi fieri probaretur"). Er soll dann die Erbschaft sofort dem Kinde herausgeben und gar kein väterliches Recht daran behalten. — Wenn zu diesen Fällen von Einigen noch das Verhältniß gezogen wird, daß der Vater zu Gunsten des Kindes auf das Adventitium Verzicht geleistet habe: so ver-

1) Nov. 134. c. 11. pass. (9. 51.)
2) Nov. 117. c. 13. fin.
3) l. 13. §. 2. C. de sentent. (36. 1.)
4) l. 50. D. ad SCt. Treb.

gessen [1]) sie, daß dieß Schenkung, daß sie während der väterlichen Gewalt ungültig ist und daß die für jene irrige Behauptung citirte Stelle [2]) gerade das Gegentheil nachweiset. — In allen Fällen des unregelmäßigen Adventitiums, in denen der Vater ohne Nießbrauch die Administration behält, muß er übrigens mit derselben Sorgfalt verwalten, wie beim regelmäßigen Adventitium; denn der Grund der Administration (väterliche Gewalt) ist derselbe, die Sicherheiten des Sohns sind dieselben, und es ist kein Grund eines Unterschiedes daraus abzunehmen, daß der Vater den Vortheil des Nießbrauchs nicht habe, da er diesen Vortheil nie zur Belohnung der Administration angewiesen erhalten hat. — Administrirt der Vater nicht, und ist das Hauskind volljährig: so hat es vollkommen freie Verwaltung des unregelmäßigen Adventitiums, außer daß es zu Processen die Einwilligung des Vaters noch bedarf, der sie jedoch ertheilen muß [3]) und dazu vom Gerichte gezwungen werden kann. Ist, im Falle der Vater nicht administirt, das Hauskind noch minderjährig, so muß ihm der Richter einen Curator ernennen. Auch kann, wer einem Hauskinde einen Gegenstand zuwendet, und dabei dem Vater die Administration entzieht, einen Curator ernennen [4]). — Wenn der volljährige Hausſohn administrirt,

1) s. Thibaut, Versuche. Thl. 2. Nr. 12.

2) l. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (6. 61.), denn sie sagt: „nullam *post obitum* ejus licentiam habeant heredes“ etc. — und: ut eundem usumfructum *post obitum* patris ipse lucretur; parente jus exactionis quasi sibi debitae a filio, qui usumfructum consensu ejus possidebat, suae posteritati minime transmittente. Nimmt der Vater vor seinem Tode das Ueberlassene zurück: so muß der Sohn es sich gefallen lassen. Stirbt er, ohne zu widerrufen: so gilt das Geschenk. (s. §. 648.)

3) Nov. 117. c. 1. §. 1. init. l. 8. fin. pr. C. de bonis quae lib. (6. 61.)

4) l. 8. §. 1. C. eod. Nov. 117. c. 1. §. 1.

hat er auch vollkommene Veräußerungsfreiheit des adventitii irregularis, denn er wird dann wie ein homo sui juris angesehen [1]); administrirt aber der Vater, so unterscheidet sich dabei dieß peculium vom adventitium regulare ebenso wenig, wie die Beschränkung des Curators, welcher es administrirt, von der eines Curators überhaupt. — Ungeachtet aber das Hauskind aus dem unregelmäßigen Adventitium, im Falle ihm dessen Administration zustehet, frei veräußern darf, hat es doch die Testamentifaction darüber nicht [2]). — Daß Geschäfte zwischen dem Familienvater und dem Hauskinde in Beziehung auf das adventitium irregulare im gleichen Maße, wie beim militare, Statt haben konnten, ist falsch. Denn wenngleich auch beim unregelmäßigen Adventitium das Kind nicht für den Vater erwirbt, und mithin die Consequenz dafür sprechen würde, daß Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind dabei wie zwischen Fremden abgeschlossen werden können: so ist dieß doch von Justinian vergessen worden, welcher vielmehr die Folgen beibehielt, als er das Princip aufhob. Es ist also gerade wie mit der Testamentifaction [3]).

1) Nov. 117. c. 1. §. 1. init.

2) Zwar führt man dafür, daß der Sohn über das adventit. irregul. testiren dürfe, l. 8. §. 5. C. de bonis quae lib. (6. 61.) und die Nov. 117. a. a. O. an. Allein l. 11. C. qui testam. fac. poss. (6. 22.) spricht mit größter Deutlichkeit aus, daß über das Adventitium das Hauskind nicht testiren dürfe; wogegen die Nov. 117. nichts ausmacht, da sie bloß im Allgemeinen unbeschränkte „Dispositionsfreiheit" giebt. Ein späteres allgemeineres Gesetz hebt aber ein früheres besonderes nicht auf. Auch steht im Griechischen Texte dieser Novelle: *ὃν βούλονται τρόπον διοικεῖν*, — *διοικεῖν* wird aber von letztwilligen Verfügungen nie gebraucht. l. 8. §. 5. C. cit. erlaubt die Testamentifaction aber keinesfalls den Hauskindern über das Vermögen, das nicht im Nießbrauch des Vaters sich befindet. cf. pr. I. quibus non perm. est, fac. testam, (2. 12.) l. 25. §. 1. D. de mort. caus. don. (39. 6.) Galvanus de usufructu. c. 9. 10. Erb Unechtheit des paterfamilias etc. (in Hugo's civ. Mag. Thl. 4. S. 462 — 483.).

3) Goddaeus, Comm. de

V. Von der Verbindlichkeit des Vaters und Kindes aus Handlungen des Letztern.

A. Von der Verbindlichkeit des Vaters.

1. Bei ertheiltem Geheiß.

§. 654.

Der Vater ist aus den Handlungen des Hauskindes nicht verpflichtet [1]), es sey denn, daß ein besondrer Grund (adjectitia qualitas) hinzukomme, welcher die Verbindlichkeit des Vaters mit sich bringt (s. §. 405. Th. 3. S. 78. von den action. adjectitiä qualitatis, desgl. §. 491. und 492.). Wenn aber der Vater [2]) die verpflichtende Handlung des Kindes entweder befahl, oder durch sie bereichert ward, oder sie zur Bewirthschaftung eines dem Kinde überlassenen peculii profectitii gehört: so haftet der Vater [3]) wegen dieses Nebenumstandes. Verklagt werden muß er aber immer mit der Hauptklage aus dem eigentlichen Geschäfte zwischen Drittem und Kinde; die adjectitia qualitas der Klage wird dann daneben genannt. — Giebt der Vater dem Hauskinde den Befehl, in des Letztern eigenen Angelegenheiten [4]) ein Geschäft mit einer dritten Person einzugehen, und kommt ein solches [5]) zu Stande: so

contr. et committ. stipulatione. Herborn. 1609. cap. 7. concl. 5 et 8.

1) l. 1. C. ne filius pro patre. (4. 13.) §. 10. I. de action. (4. 6.)

2) In dem Justinianeischen Rechtsbuche ist fast bei diesen sämmtlichen Lehren immer vom dominus und servus die Rede, das Verhältniß des paterfamilias und filiusfamilias ist dem erstern dabei aber völlig gleich, pr. §. 6. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.)

3) l. 5. §. 2. D. de exercit. act. (14. 1.) „non transfertur actio, sed adjicitur."

4) Also nicht gerade für den Vater.

5) Genau in den Schranken der dem fil. fam. gewordenen väterlichen Anweisung! l. 3. D. quod jussu. (15. 4.)

kann der Dritte auf den Grund jenes Befehls (quod jussu) gegen den Vater selbst klagen [1]), und diese Klage geht dann auf den gesammten [2]) Betrag, zu welchem der Kläger aus dem Geschäfte überhaupt berechtiget ist [3]). Es reicht zur Begründung der Klage auch hin, daß der Vater den Dritten auf irgend eine Art veranlaßte, das Geschäft als unter väterlicher Genehmigung abgeschlossen zu betrachten, z. B. wenn der Vater des Sohnes Handschrift mitunterschrieben hat [4]). Der Befehl des Vaters kann auch auf jede Weise, durch Briefe, Boten, General- oder Specialauftrag, im Voraus oder erst durch nachherige Genehmigung geschehen. Der Befehl kann auch zur rechten Zeit d. i. vor Abschluß des Geschäftes zurückgenommen werden [5]). — Die actio quod jussu ist, da sie aufs Ganze der Obligation gehet, die vortheilhafteste unter denen, welche gegen den Vater aus den Handlungen des Hauskindes gerichtet werden kann; aber die Anstellung derselben hebt den Gebrauch der actio tributoria und de peculio auf, sowie die Anstellung einer von diesen beiden den Gebrauch der actio quod jussu [6]). — Daß die actio quod jussu mit dem Römischen Institute der Sclaverei und der strengern väterlichen Gewalt bei uns hinweggefallen sey, ist ein Irrthum [7]). — Daß auf eine Bürgschaft, welche der Ba-

1) Tit. Dig. 15. 4. quod jussu.

2) Im Gegensatz der übrigen Klagen adjectitiä qualitatis gegen den Vater s. folg. §. §.

3) l. 1. §. 1. l. 5. §. 1. eod. §. 1. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.) l. 2. pr. D. eod. (14. 5.)

4) l. 1. §. 4. D. quod jussu. (15. 4.) v. Glück Pand. Bd. 14. S. 428. Aber bloße Veranlassung zum Geschäfte selbst reicht nicht hin. cf. l. 8. C. mandati vel contra. (4. 35.) v. Glück a. a. O. S. 427.

5) l. 1. §. 2. D. quod jussu. (15. 4.)

6) §. 4. 5. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.) l. 4. §. 5. D. eod. (14. 5.)

7) v. Glück Pand. a. a. O. S. 428. Lauterbach coll. Pand. 15, 4. §. 10.

ter für das Hauskind macht, die actio quod jussu nicht gebaut werden kann, ist eine Folge davon, daß in jener Bürgschaft ein jussus des Geschäfts selbst keineswegs enthalten ist [1]) und das Röm. Recht diese Verbürgung nicht als eine Veranlassung ansieht, welche den dritten Contrahenten berechtige, das Geschäft als väterlich genehmiget zu betrachten [2]).

2. Bei Gestattung eines *peculii*.

a. Actio de peculio.

§. 655.

Wenn der Vater dem Hauskinde ein peculium profectitium nicht bloß versprochen, sondern wirklich gegeben hat [3]): so hat er im Allgemeinen dadurch anerkannt, daß das Hauskind mit diesem peculium Geschäfte vornehmen dürfe, und deßwegen wird er für den Belang des Sondergutz verbindlich. Der Dritte also, welcher über dieß peculium mit dem Hauskinde ein Geschäft, Contract oder Quasicontract, eingehet, hat daraus gegen den Vater [4]) eine Klage, soweit das Sondergut reicht [5]). Selbst wenn das Hauskind gegen den Willen des Vaters ein einzelnes obligatorisches Geschäft bei Bewirthschaftung des Peculiums

1) l. 1. §. 5. D. eod. v. Glück ebend. S. 429.

2) Die Ausdehnung der Klage quod jussu auf Verhältnisse außerhalb der Vatergewalt, z. B. wenn ein Unterthan auf Befehl der Obrigkeit, ein Soldat auf den des Hauptmanns, eine Ehefrau auf den ihres Ehemanns ein Geschäft schließt, ist fehlerhaft, vielmehr ist in solchen Fällen die Lehre vom Mandate anzuwenden. A. M. Stryk Us. mod. Pand. 15, 4. §. 1. 2. v. Glück a. a. O. S. 429.

3) l. 8. D. de peculio. (15. 1.)

4) Sie geht aber, als eine in rem scripta, auch gegen jeden Andern, welcher sich im Besitze des pecul. befindet, l. 27. §. 2. l. 32. §. 2. D. eod. v. Glück Pand. Bd. 14. S. 392.

5) l. 4. §. I. D. de aleator. (11. 5.) l. 14. D. de neg. gest. (3. 5.) l. 1. C. quod cum eo qui in al. pot. (4. 26.)

vorgenommen haben sollte, haftet der Vater aus diesem Vermögen dennoch [1]). — Jedoch sind nicht solche Geschäfte mit dem Publicum einzugehen dem Kinde erlaubt, welche als dem Profectitium positiv fremd vom Röm. Rechte anerkannt sind; nämlich a) eine Schenkung, welche der Haussohn versprochen hat ohne Billigung des Vaters [2]); b) eine Schuld des peculium militare [3]); c) eine Verbindlichkeit, welche der Sohn sich dadurch auflädt, daß er ein öffentliches Amt annimmt, sofern der Vater bei dessen Antritt die Erklärung, dafür nicht haften zu wollen, abgegeben hat [4]). Hat er nicht protestirt, so wird seine Einwilligung vorausgesetzt, und haftet alsdann dem Staate oder der Gemeinde für das Ganze, was der Haussohn diesen schuldig wird, einem privaten Dritten aber nur soweit das peculium reicht [5]). Es ist kein Grund vorhanden, diese Bestimmungen des Röm. Rechts für aufgehoben zu halten, wenn nicht Particularrechte ein Anderes festsetzen. d) Der vierte Fall ist der eines vom Hauskinde begangenen Delictes; wer dadurch in Schaden gesetzt wird, kann gegen den Vater nur soweit klagen, als dieser sich durch das Delict bereichert findet [6]). Sollte aber der Dritte mit dem Hauskinde einen Vertrag abgeschlossen, dieß in dem Contractsverhältnisse aber ein schädliches Delict begangen haben: so kann Jener gegen den

1) l. 29. §. 1. l. 47. pr. D. de pec. (15. 1.) l. 17. §. 4. D. de institor. (14. 3.)

2) l. 28. §. 2. D. de pactis. (2. 14.)

3) l. 18. §. 5. D. de castr. pec. (49. 17.)

4) l. 3. §. 5. D. de muneribus. (50. 4.) l. 3. C. ne filius pro patr. (4. 13.) l. 5. C. de decurion. (10. 31.)

5) l. 3. §. 13. D. de pec. (15. 1.) l. 1. §. 17. de mag. conven. (27. 8.) l. 2. pr. §. 5. ad municip. (50. 1.)

6) l. 1. §. 7. D. de his qui effud. (9. 3.) l. 3. §. 12. D. de pec. (15. 1.) l. 3. §. 4. l. 6. §. 2. D. rer. amot. (25. 2.) l. 58. D. de R. J. (50. 17.)

Vater des Schadens wegen de peculio, d. i. soweit das Sondergut reicht, Klage anstellen [1]). — Diese vier Ausnahmen, in denen der Vater aus dem peculium nicht zu zahlen braucht, fallen aber weg und der Vater ist also auch in allen Fällen solcher Art de peculio zu haften schuldig, wenn der Sohn eine dem Vater eigentlich nicht obliegende Peculienschuld mittelst Novation in diese Art verwandelt hat oder wenn der Sohn früher, als ihm das peculium genommen ist, verurtheilt wird, mithin dem Kläger eine actio judicati erwächst, welche quasi ex contractu gegen den Vater de peculio gebraucht werden kann [2]). Hat der Vater ohne die Absicht, dem Kläger die actio de peculio zu entziehen, das Profectitium früher, ehe dieser die actio judicati de peculio anstellen kann, dem Hauskinde wieder entzogen: so ist er nicht schuldig zu zahlen; wenn er aber in jener Absicht das peculium zurücknahm oder verringerte: so haftet der Vater wegen dieses dolus [3]) auch für das Weggenommene. Jede actio [4]) de peculio kann, was ihren Umfang betrifft, nur auf so viel gerichtet werden, als in dem fraglichen Sondergute sich vorfindet, und der nicht dolose Vater ist nicht für ein Mehreres verbindlich. Die Zeit, in welcher sich der Inhalt

1) l. 49. D. de O. et A. (44. 7.)

2) l. 3. §. 11. D. de pec. (15. 1.) v. Glück Pand. Bd. 14. S. 395. 396. Durch das richterliche Urtheil findet gewissermaßen eine Novation Statt, die sich der Vater gefallen lassen muß. Es heißt dann: proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam *judicati* velut obligationem. — Cf. l. 34. l. 35. D. de nox. action. (9. 4.) l. 3. §. 10. D. de pecul. (15. 1.)

3) l. 9. §. 4. l. 21. pr. D. eod.

4) Aber keinesweges ist die exceptio, daß der fil. fam. aus seinem Geschäfte schulde, so beschränkt. Wer dergleichen excipirt, z. B. zur Compensation bringen will, kann dem Vater das Ganze anrechnen, obwohl dieß das peculium weit übersteigen mag. l. 9. pr. D. de compens. (16. 2.) l. 11. D. de cond. ind. (12. 6.)

des Peculiums bestimmt, ist die des Urtheils [1]). Sofern der Vater aber das peculium dolose verringert oder irgend eine Argliſt gebraucht hat, um es dem Gläubiger des Sohnes zu entziehen, muß er nicht bloß das peculium so herstellen, wie es vor der dolosen Handlung war, sondern auch den Kläger ganz befriedigen [2]). Klagen mehrere Gläubiger de peculio und dieß Vermögen reicht zu ihrer Befriedigung nicht hin: so braucht der Vater nicht jeden zu befriedigen, sondern nur Einen nach dem Andern, soweit das peculium reicht. Es entsteht dann eine Art Concurses, in welchem diejenigen Gläubiger [3]) vorgehen, welche ein privilegium exigendi haben. Nach ihnen werden die Ansprüche dessen zuerst befriedigt, welcher zuerst ein Urtheil für sich erwirkt [4]) (qui prior ad sententiam judicis pervenit). — Ehe indessen der Vater das peculium an die Gläubiger des Hauskindes weggiebt, darf er seine eigenen Forderungen und die aller seiner übrigen Hauskinder, desgleichen seiner Mandanten und Socii, selbst vor denen der privilegirten Gläubiger des Kindes, abziehen [5]). — Zur Vermeidung von Ungewißheit der

1) l. 30. pr. D. eod. Jedoch darf der Kläger, wenn sich nachher das Sondergut vermehrt, noch nachfordern (l. 30. §. 4. eod.), was er mit der ersten Klage nicht hat erlangen können.

2) Also nicht bloß de peculio. l. 3. §. 5. D. commodati. (13. 6.) l. 5. pr. l. 21. pr. D. de pecul. (15. 1.) l. 1. §. 42. D. depositi. (16. 3.) Zu einem solchen dolus gehört es, wenn der Vater eine zurückzuliefernde Sache, welche das Hauskind aus dem peculium wieder hätte herausgeben müssen, nicht auszuliefern bereit ist. l. 36. D. de pecul. (15. 1.)

3) l. 3. D. quod cum eo qui in al. pot. (14. 5.) l. 22. §. 1. D. de pecul. (15. 1.) l. 22. §. 13. D. solut. matr. (24. 3.)

4) Occupantis melior est conditio, l. 6. D. de tributor. (14. 4.) l. 10. D. de pecul. (15. 1.)

5) §. 4. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.) l. 9. §. 2. 4. 6. l. 11. §. 9. l. 52. pr. D. eod. (14. 5.) l. 22. §. 13. D. solut. matr. (24. 3.) v. Glück a. a. O. S. 393. Dieß Vorzugsrecht des Vaters ist zum Theil die Folge seines ältern unbedingten Rechts am peculio, theils

Rechte ist jedoch die actio de peculio einer kurzen Verjährung unterworfen, nämlich der eines Jahrs [1]), gerechnet von Aufhebung der väterlichen Gewalt an; vorausgesetzt, daß die Klage bei Aufhebung dieser Gewalt schon erwachsen war. Ist die actio de peculio bei Beendigung der patria potestas noch nicht nata: so dauert sie ein Jahr von dem Zeitpuncte an, in welchem sie dieß geworden ist [2]). Wenn aber die besondre Hauptklage, welcher der Zusatz de peculio gegeben wird, einen noch kürzern Zeitraum zur Verjährung hat: so gilt diese kürzere Verjährungsfrist der Hauptklage, und das Jahr nach Aufhebung der väterlichen Gewalt kommt dann nicht in Betracht [3]).

b. Actio tributoria [4]).

§. 656.

Die actio tributoria [5]) ist nur ein besonders ausgebildeter Fall der actio de peculio. Hat nämlich das Hauskind mit Erlaubniß oder Vorwissen des Vaters (aber nicht als dessen Factor) einen Waarenhandel aus dem peculium profectitium getrieben, und ist aus diesem Handel Etwas schuldig geworden: so kann der Dritte (Gläubiger) gegen den Vater außer der actio de peculio auch die actio tributoria anstellen. Sie geht nicht auf das ganze Peculium, sondern bloß auf die vorhandenen Waa-

des Grundsatzes: occupantis melior est conditio, der hierbei vorherrscht.

1) Tit. Dig. 15, 2. quando de peculio actio annalis est.

2) l. 1. §. 2. D. eod. l. 37. §. 2. D. de admin. et peric. (26. 7.) l. 11. D. de tut. et rat. (27. 3.)

3) l. 2. pr. D. quando de pecul. a. ann. (15. 2.)

4) v. Glück a. a. O. S. 267. ff.

5) l. 1. pr. §. 1. 3. D. de tribut. act. (14. 4.) Nach späterem Röm. Sprachgebrauche würde sie natürlicher act. distributoria geheißen haben. Hugo Rechtsg. 10. Aufl. S. 593.

ren und die dafür gelöseten Gelder und die Ladeneinrichtung nebst Inventar [1]); soweit diese Gegenstände reichen, gilt aber bei dieser Klage keine Prävention der Gläubiger [2]), noch des Vaters [3]) Vorzug im Empfange der Zahlung. Privilegirte Gläubiger müssen vielmehr vor den simpeln, und gleichstehende verhältnißmäßig befriedigt werden [4]). Verweigert der Vater die Vertheilung auf außergerichtlichen Antrag: so muß sie in vorstehender Weise vom Gerichte verfügt werden [5]). Wer zur Verringerung der Masse dolose handelt, muß den Schaden ersetzen; also auch der Vater [6]). — Wenn ein Gläubiger in Bezug auf eine bestimmte Handelsunternehmung (separates Geschäft, besonderes Haus) creditirt hat: so kann er sich auch an diese besondre Masse zunächst halten [7]), und deren Separation von dem Uebrigen verlangen. — Wer de peculio klagt, kann nicht mit der tributoria [8]) klagen; so wie die Anstellung dieser den Gebrauch jener Klage [9]) aufhebt.

3. Im Falle der *versio in rem.*

§. 657.

Wenngleich der Begriff einer **versio in rem** oder der

1) l. 5. §. 4. 11. 12. 13. D. eod.

2) l. 6. D. eod.

3) l. 5. §. 7. 9. D. eod.

4) l. 5. §. 8. 19. D. eod. Meldet sich ein Gläubiger und verlangt die Berichtigung nach Maßgabe der actio tributoria, so muß er auf Verlangen des Vaters Caution machen, daß er im Falle der Insufficienz zur Bezahlung mehrerer Gläubiger, die sich etwa noch melden möchten, verhältnißmäßig zurückzahle.

5) l. 7. §. 1. D. eod.

6) l. 7. §. 2. D. eod. Verringert der Vater dolose die Masse oder theilt unredlich, so kann gegen ihn mit der act. tributor. auf richtige Theilung geklagt werden, l. 7. §. 3. 4. D. eod. Dieß ist eine act. ex delicto, und geht gegen die Erben, nur soweit sie bereichert sind. l. 7. cit. §. 5.

7) l. 5. §. 15. 16. D. eod.

8) §. 5. I. quod cum eo q. in al. pot. (4. 7.) l. 11. D. de trib. act. (14. 4.)

9) l. 9. §. 1. D. eod. Thibaut, civ. Abh. I. 9. S. 172. fl.

nicht rechtlich nothwendigen Vermehrung eines Vermögens (und insbesondre der Vermehrung eines Vermögens durch die Handlung eines Andern, welche an sich den Eigenthümer des Vermögens zur Bezahlung oder zum Ersatze nicht schuldig macht) — im Rechte öfters vorkommt: so ist doch hier bei der actio eines Dritten de in rem verso gegen den Vater, dessen Hauskinde jener creditirt hatte, der Hauptsitz der Lehre [1]). — Die Vermehrung des Vermögens bei einer versio in rem kommt sowohl im Gewinne oder in der eigentlichen Vermehrung des Vorhandenen vor, als in der Abwendung des drohenden Verlustes oder einer bevorstehenden Bezahlung [2]), und Letzteres namentlich dadurch, daß Jemand für den Andern eine Schuld bezahlt. Dagegen sind Verwendungen auf Unnützes nur dann versio in rem, wenn sie mit Einwilligung dessen geschehen, dem sie zu Gute kommen [3]). Leistung dessen, was Jemand aus einer obligatio civilis oder naturalis zu leisten schuldig ist, gilt nie für versio in rem [4]). Wenn aber auf irgend eine Weise einmal eine solche Vermögensvermehrung wirklich entstanden ist: so wird sie durch einen nachherigen Unfall in dem Rechtsverhältnisse nicht aufgehoben [5]); dieß tritt selbst dann ein, wenn ein reiner Zufall [6]) die Vollziehung der bezweckten Version hindert. Mangelt jedoch die Vollziehung der Version durch Schuld des Haus-

1) Vgl. v. Glück Pand. Bd. 14. S. 400. ff. Der Gläubiger hat die actio de peculio cumulativ neben der in rem verso.

2) §. 4. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.) l. 3. §. 1 — 3. l. 7. §. 3. 5. l. 10. pr. §. 1. l. 15. D. de in rem v. (15. 3.) Mittelbare oder unmittelbare Verwendung, ist gleichgültig, l. 3. §. 1. 10. l. 5. §. 3. D. eod.

3) l. 3. §. 4. 6. l. 9. D. eod.

4) l. 20. pr. D. de dolo m. (4. 3.) l. 7. §. 12. D. de SCt. Mac. (14. 6.) l. 10. pr. §. 7. 10. l. 15. D. de in rem vers. (15. 3.) l. 47. D. de cond. indeb. (12. 6.)

5) l. 3. §. 7. 8. 10. l. 17. pr. D. de in rem v. (15. 3.)

6) l. 3. §. 9. D. eod.

kindes selbst: so tritt dafür der Vater keinesweges ein [1]; und dieß ist auch dann der Erfolg, wenn der Vater dem Kinde die Version schon wieder ersetzt hat [2]. — Version bei dem Verhältnisse der väterlichen Gewalt, in welcher der Vertent steht, bringt die actio de in rem verso [3] gegen den Vater, eine adjectio, die sich also immer auf eine Hauptklage stützen muß, für denjenigen hervor, aus dessen Vermögen Etwas in das des Vaters verwandt ist. Erforderniß der Klage ist, daß das verwendende Geschäft entweder nach der Natur der Sache [4] selbst das selbstständige Vermögen des Vaters eigentlich getroffen, also aus ihm hätte vorgenommen werden müssen, oder daß der Sohn in der Absicht handelte, um es für den Vater zu vollziehen [5]. Die Klage kann nie weiter gehen, als bis zum Belauf der Vermögensvermehrung, d. i. soweit als der Vater wirklichen Vortheil von der Verwendung hatte [6], oder der Absicht nach (s. oben) gehabt haben würde. Es kann daher auch immer nur nach den Umständen beurtheilt werden, was versum sey. Mehr als

1) l. 3. §. 10. l. 17. pr. D. cit.

2) Falls der Vater dabei nicht dolose gehandelt hat, l. 10. §. 6. D. eod. Denn er steht in diesem Falle selbst dann nicht ein, wenn auch das Hauskind den Ersatz der Version wieder durchgebracht hätte.

3) Diese Klage hat Vorzüge vor der de peculio: a) daß sie nicht, wie diese, auf den annus utilis nach geendigter väterlicher Gewalt beschränkt ist; b) daß sie noch Statt findet, wenngleich der Vater ohne Argliſt das peculium völlig zurückgenommen hat; c) daß sie, einmal angestellt, die Klage de peculio anderer Gläubiger für den vertirten Gegenstand ausschließt. l. 1. §. 1. 2. D. eod.

4) Ein nothwendiger Aufwand wird nach allen vom Hauskinde eingegangenen Bedingungen ersetzt, l. 5. pr. D. eod.

5) l. 7. §. 4. 5. l. 10. §. 10. l. 15. D. de in rem v. (15. 3.) Daß wirklich versum sey, ist eine quaestio facti, und wird nie präsumirt, l. 7. pr. C. quod cum eo qui in al. pot. (4. 26.)

6) §. 4. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7) l. 10. §. 4. D. de in rem v. (15. 3.) l. 3. §. 1. 5. l. 5. §. 3. l. 6. l. 11. D. eod.

die Hauptforderung kann es freilich nie ausmachen [1]). — Allgemeinen Grundsätzen entspricht schon, daß, wenn dem Vater nur überflüssige Dinge erworben seyn sollten, dem Kläger bloß das Recht zustehe, das Vorhandene wieder wegzunehmen [2]). — Sollten mehrere Kläger wegen derselben Version collidiren: so tritt hier wieder der Grundsatz der Prävention ein: Occupantis melior est conditio [3]); denn der Vater kann nicht Mehreren dasselbe zu bezahlen angehalten werden. — Die actio de in rem verso fällt ganz weg, wenn der Vertent [4]) die Absicht hatte, dem Erwerber des Vortheiles unentgeltlich zu helfen; es wird dieß indessen nach den Umständen zu beurtheilen und als Regel anzunehmen seyn, daß die Verwendung vielmehr in der Absicht der Ersatzforderung (recipiendi animo) geschehen ist [5]). — Wegen der versio kann übrigens nie der Bürge, welchen der Vertent etwa dem Gläubiger, von dem das versum hergegeben worden ist, hat stellen müssen, die Klage gegen den Vater anstellen, wenngleich er aus seiner Bürgschaft dem Gläubiger hat bezahlen müssen [6]).

1) l. 3. §. 5. l. 5. pr. l. 12. D. eod. Also geht die Klage nicht auf Zinsen, sofern sie nicht versprochen sind. l. 10. §. 5. D. eod.

2) l. 3. §. 4. D. eod. Ausgenommen, wenn der Vater den Aufwand selbst regelmäßig zu machen pflegte, l. 3. §. 3. D. eod. l. 7. §. 13. D. de SCt. Mac. (14. 6.)

3) l. 3. §. 10. l. 4. D. eod.: „nam utrisque condemnari dominum de in rem verso, iniquum est."

4) Also wenn das Hauskind die Absicht hatte, dem Vater ein Geschenk zu machen (l. 7. §. 5. D. eod.), nicht etwa bloß dessen negotia zu geriren.

5) l. 34. l. 44. D. de negot. gest. (3. 5.) l. 11. C. eod. (2. 19.)

6) Er kann de peculio klagen, l. 18. D. de in rem verso. (15. 3.)

B. Von den Verbindlichkeiten des Kindes.

§. 658.

Wenn das Hauskind, ohne Rücksicht auf sein peculium **profectitium**, auf Geheiß und für Rechnung des Vaters Verträge abschließt: so wird bloß dieser verpflichtet. Handelt es ohne Geheiß: so wird nicht bloß der Vater de peculio, falls das Kind ein Sondergut hat; sondern auch dieses selbst verbunden [1]), und zwar ganz wie ein Hausvater [2]). Auch aus Delicten gilt eine Verbindlichkeit des Kindes, in demselben Maße, als wenn es Hausvater wäre [3]). — Die Klage gegen das Kind kann unter solchen Umständen zwar schon während der väterlichen Gewalt erhoben werden; wenn es diesem aber an Gütern fehlt, welche seiner freien Disposition unterworfen sind [4]): so muß die Execution noch ausgesetzt werden [5]). — Hat Jemand in Rücksicht des peculium **militare** creditirt: so kann er dieß zu seiner Befriedigung vor den übrigen Gläubigern voraus verlangen [6]). — Uebrigens versteht sich bei den Verbindlichkeiten eines Hauskindes von selbst, daß sie nicht eintreten, wenn es zu deren Eingehung das gesetzliche [7]) Alter nicht gehabt hat. Denn diesen Mangel kann selbst der Vater durch seine Beistimmung nicht ersetzen [8]).

1) l. 44. l. 46. D. de pecul. (15. 1.)
2) l. 39. D. de Obl. et A. (44. 7.)
3) §. 7. I. de nox. act. (4. 8) l. 4 §. 2. D. quod cum eo, qui in al. pot. (14 5.)
4) Fritz im Archiv für civ. Praxis. Bd. 11. Nr. 2.
5) l. 5. pr. D. eod. l. 10. §. 2. D de fidej. (46. 1.)
6) l. 1. §. 9. D. de separat. (42. 6.)
7) s. Thl. 3. §. 413.
8) l. 141. §. 2. D. de V. O. (45. 1.)

C. Vom Senatusconsulto Macedoniano [1]).

1. Umfang des Senatusconsultes.

§. 659.

Das Macedonische Senatusconsult, dessen Ursprung und Zusammenhang mit ältern Gesetzen nicht völlig aufgeklärt worden ist [2]), will, daß zur Sicherstellung des Vaters gegen Ausschweifungen der fil. fam. für den Gläubiger aus allen Gelddarlehen an Hauskinder weder gegen das Kind selbst die Hauptklage, noch gegen den Vater die adjectio wegen des Peculiums erwachse [3]). — Es ist hierbei genauer zu betrachten, was über die Subjecte des Geschäfts Rechtens sey, welches der Gegenstand des Darlehns seyn müsse, und was das Senatusconsult sowohl vor einer geschehenen Bezahlung an den Gläubiger, als nach derselben, zur Folge habe; worauf dann die Ausnahmen für den Sohn und für den Vater aufzuzählen sind. — A) Das Senatusconsult begreift alle Anleiher, welche in väterlicher Gewalt [4]) stehen, und es ist dabei insbesondre ganz gleichgültig, ob das Hauskind volljährig oder minderjährig ist [5]). Bei Beurtheilung der Eigenschaft des Schuldners, ob er väterlicher Gewalt unterworfen ist oder nicht, wird jedoch nicht auf die Zeit des Contractes, sondern auf die der Auszahlung des Darlehns gesehen [6]). — Der Gläubiger mag eine Privatperson oder eine Gemeinde oder

1) Donell. comm. jur. civ. lib. 12. c. 24 — 28.

2) Hugo, Rechtsgesch. 10te Aufl. S. 704. 705. Schweppe, Rechtsgesch. §. 377.

3) §. 7. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7) l. 1. pr. l. 3. §. 3. D. de SC. Mac. (14. 6.)

4) l. 1. §. 3. l. 9. §. 2. l. 14. D. eod. l. 6. §. 1. C. eod. (4. 28.)

5) l. 11. §. 7. D. de minor. (4. 4.) enthält beispielsweise die Annahme, daß der Gläubiger minderjährig, der Schuldner volljährig ist.

6) l. 3. §. 4. l. 4. l. 6. D. de SC. Mac. (14. 6.)

eine Staatskasse, er mag volljährig oder minderjährig oder in Würden seyn; das Senatusconsult macht keinen Unterschied [1]). Personen aber, die kein gültiges Darlehn geben können, z. B. der Unmündige, leihen auch an einen filius familias nicht gültig, und daher hat das Gesetz auf sie keine Anwendung; sie können das Gegebene, wenn es noch vorhanden ist, vindiciren, wenn es nicht mehr vorhanden ist, durch condictio sine causa verfolgen. Ein Gläubiger, der mündig, jedoch minderjährig ist und gegen die Bestimmung des Macedonianum verliehen hat, begehet zwar keine ungültige Handlung, indessen kann er sich gegen dieselbe wegen Altersmangels restituiren lassen, er mag an ein volljähriges oder minderjähriges Hauskind ein Darlehn gezahlt haben; wobei also die Rücksicht auf die Minderjährigkeit des sonst Verlierenden das Senatusconsult [2]) und selbst die Minderjährigkeit des sonst Gewinnenden überwiegt. — B) Nur Darlehen in baarem Gelde [3]) meint das Gesetz, und dieß wird streng genommen. Bestand das Darlehen in andern Gegenständen, und wird nachher, ohne daß zum Zwecke des Betrugs gegen das Senatusconsult gehandelt [4]) worden, in ein Gelddarlehn durch die Contrahenten verwandelt: so kommt das Gesetz nicht in Anwendung [5]). Ob der Schuldner das Geld zur Zeit der Berufung auf das Gesetz schon consumirt hat, oder nicht, darauf kommt nichts an [6]). C) Die Wirkung des Macedonianum vor geschehener Bezahlung an den

1) l. 15. D. eod.

2) l. 3. §. 2. D. eod. l. 11. §. 7. D. de minor. (4. 4.)

3) Ob zinsbar oder nicht, ist gleichgültig, l. 7. §. 9. de SCt. Mac. (14. 6.)

4) Der beiderseitig simulirte Vertrag (contractus mohatrâ) ist nach den Umständen zu erklären, s. Thl. 3. S. 112. 113.

5) l. 1. pr. l. 3. §. 3. l. 7. pr. §. 3. l. 13. D. eodem. l. 3. C. eod. (4. 28.)

6) l. 9. §. 2. D. eod.

Gläubiger ist eine keineswegs auf die Dauer [1]) der väterlichen Gewalt beschränkte exceptio gegen jeden Klagantrag [2]) (actio petitioque) desselben; aber die vorhandene obligatio naturalis bleibt [3]) dessenungeachtet bestehen, da das Gesetz mehr zur Strafe des Gläubigers, als zum Vortheile des Vaters und Hauskindes gegeben worden ist. Die Einrede des Senatusconsultes gehört zu den privilegirten [4]), welche auch noch nach dem Urtheile gebraucht werden können. Wenn jedoch ein Hauskind das Darlehn als Geschäftsträger eines Andern, für den das Macedonianum nicht auch gilt, contrahirt hat: so tritt die Wirkung nicht ein, der Principal des Mandatars hat die exceptio nicht [5]). Auch kommt sie dem Bürgen nicht zu Statten, der sich für das Hauskind in der Absicht zu schenken [6]) beim Gläubiger verbürgt haben sollte. — Ist die Bezahlung an den Gläubiger entrichtet, so kann sie der Hausſohn oder der Vater in der Regel nicht zurückfordern; denn da obligatio naturalis [7]) ungeachtet des Senatusconsultes besteht, so würde der Empfänger diese mit Recht dem Rückfordernden einwenden. Der minderjährige Hausſohn jedoch, welcher dem Gläubiger bezahlt hat, kann sich dagegen wegen seines Alters in den vorigen Stand setzen lassen [8]), falls nicht der Gläubiger auch min-

1) l. 1. pr. D. eod.

2) Sie ist eine exceptio in rem; mithin nicht bloß dem fil. fam. zustehend, sondern Allen, welche aus dem Darlehn, das gegen das SCt. Mac. contrahirt ist, belangt werden können. §. 7. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.) l. 7. pr. §. 1. 10. D. de SC. Mac. (14. 6.) l. 7. §. 1. D. de except. (44. 1.) l. 6. pr. C. de SC. Mac. (4. 28.)

3) l. 19. pr. l. 40. pr. D. de cond. indeb. (12. 6.) l. 9. §. 4. 5. l. 10. D. de SCt. Mac. (14. 6.)

4) l. 11. D. eod.

5) l. 7. §. 11. D. eod.

6) l. 9. §. 3. D. eodem.

7) l. 14. fin. D. de reb. cred. (12. 1.) l. 40. pr. D. de cond. ind. (12. 6.) l. 7. §. 15. 16. l. 9. §. 4. de SCt. Mac. (14. 6.)

8) l. 8. D. eod.

derjährig ist. Der Vater aber, dessen Hauskind dem Gläubiger ohne Rücksicht auf das Gesetz bezahlt hat, kann das gezahlte Geld, wenn es noch vorhanden ist, vindiciren; ist es bona fide consumirt, d. i. wenn der consumirende Gläubiger dachte, die Bezahlung geschehe mit Bewilligung des Vaters: so kann der Letztere auf Rückerstattung nicht klagen, was ihm dagegen frei steht, wenn der Gläubiger die Zahlung mala fide consumirte [1]). — Zu bemerken ist noch, daß eine Entsagung des Kindes auf den Vortheil, welchen ihm das Macedonianum darbietet, ganz unwirksam [2]) ist, selbst die eidliche [3]).

2. Beschränkungen des Senatusconsultes.

§. 660.

Außer den schon im vorigen Paragraphen erwähnten Ursachen in der Person des Gläubigers (nämlich daß er nicht gültig veräußern konnte und falls er das Rechtsmittel der Restitution genießt) fällt die Wirkung des Gesetzes auch dann noch weg, wenn er nicht wußte und nicht wissen konnte, daß er mit einem Hauskinde den Darlehensvertrag abgeschlossen [4]); insbesondere also wenn die Umstände von der Art gewesen sind, daß der Gläubiger vernünftige Gründe für sich hat, das Hauskind für frei von der väterlichen Gewalt zu halten, — oder wenn sogar dieses arglistig oder lügenhaft sich für einen Hausvater ausgegeben hat. Jedoch leiden alle correi stipulandi

1) So ist der scheinbare Streit zwischen l. 9. §. 1. D. de SCt. Mac. (14. 6.) und l. 14. D. de cond. ind. (12 1.) zu entscheiden.

2) l. 11. D. de SCt. Mac. (14 6.) Donell. comm. l. c. c. 25.

3) Pufendorf Tom. 2. obs. 171. §. 1. v. Glück Pand. Bd. 14. §. 900.

4) l. 3. pr. §. 1. l. 19. D. de SCt. Mac. (14. 6.) l. 1 l. 2. C. eod. (4. 28.) Donell. comm. lib. 12. c. 26.

darunter, falls auch nur einer von ihnen weiß, daß der Anleiher filiusfamilias ist [1]). — Fällt die Anwendung des S. C. Maced. wegen der in der Person des Gläubigers liegenden Gründe weg: so kann weder Vater noch Hauskind (oder wer in ihre Stelle eintritt) die Einrede gebrauchen. — Aus Gründen aus der Person des Vaters fällt die exceptio SCti Macedoniani weg: a) wenn das Anleihegeschäft auf Geheiß des Vaters oder auch nur mit seinem Vorwissen [2]) abgeschlossen worden ist, so wie überhaupt jede ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Vaters den Gläubiger im Voraus oder nachständig zurückwirkend gegen die Einrede des Senatusconsultes schützt [3]), und zwar sowohl in Beziehung auf den Vater, der genehmigt hat, als auf jeden, welcher die exceptio SCti Mac. dem Gläubiger entgegensetzen konnte [4]). Wenn der Vater einen Theil der Schuld des Hauskindes bezahlt, ohne die Einrede zu gebrauchen: so wird angenommen, er habe die ganze Schuld ratihabirt [5]). b) Bei Version in des Vaters Vermögen ist Einwendung des Macedonianums ebenfalls unstatthaft [6]). Behält das Hauskind das Darlehn in den Händen: so ist die versio noch nicht geschehen [7]). Durch die angeführten Gründe aus der Person des Vaters erlischt die Einrede für Vater und Kind [8]). —

1) l. 1. 2. C. eod. l. 3. pr. §. 1. l. 7. §. 7. D. eod.

2) l. 12. D. eod.

3) l. 7. §. 11. l. 16. D. eod. l. ult. pr. C. eod. (4. 28.)

4) Donell. comm. lib. 12. c. 27.

5) l. 7. §. 15. D. eod. „si pater solvere *coepit*." Eine Pfandbestellung des Vaters bewirkt aber bloß Haften bis zum Betrage des Pfandes, l. 9. pr. D. eod. Des Vaters Pfandbestellung kann nicht weiter wirken, als die des zum paterfam. gewordenen Sohnes selbst. s. unten Note 3. S. 78.

6) l. 7. §. 12. D. eod.

7) l. 9. §. 2. D. eod. l. 3. §. 1. l. 5. §. 3. D. de in rem verso. (15. 3.)

8) Donell. comm. lib. 12. c. 28. Merillius, exp. in 50. dec. II.

Bloß aus der Person des Kindes und zunächst für dieses erlischt sie: a) wenn es zur Zeit der Anleihe ein peculium castrense besitzt, jedoch nur soweit dieß Sondergut reicht [1]), und ohne Verbindlichkeit für den Vater; b) wenn das Hauskind nachmals, als sui juris, das Geschäft genehmigt [2]), deßhalb Etwas zahlt, Bürgschaft machen läßt oder ein Pfand bestellt [3]); ebenfalls ohne Verbindlichkeit für den Vater [4]). c) Desgleichen tritt die Einrede nicht ein, wenn der Haussohn zur Zeit des Darlehnsvertrages Soldat [5]) war, ohne Unterschied, zu welchem Zwecke [6]) er anlieh; und hier haftet auch der Vater, ohne sich des Senatusconsults bedienen zu können. — Besonders erwähnt zu werden verdient, daß gegen sogenannte moralische Personen, welche sonst die Rechte Minderjähriger in Anspruch nehmen können, die exceptio SCt. Mac. ebenso gut gilt, wie gegen jeden andern Gläubiger; vor-

1) l. 7. §. 1. C. cit. l. 1. §. 3. l. 2. D. de SCt. Mac. (14. 6.) Donell. l. c. c. 24.

2) l. 2. Cod. eod.

3) l. 7. §. 16. l. 9. pr. D. eod. v. Glück Pand. Bd. 14. S. 322 ff. Die Pfandbestellung aber ist bloß usque ad pignoris quantitatem eine Ratihabition. Diese Sonderbarkeit im Gegensatze der Wirkung theilweiser Zahlung ist auch nach Francke's (civil. Abh. S. 125 ff.) Versuch noch nicht gehörig erklärt.

4) Donell. l. c. c. 28.

5) l. ult. §. 1. Cod. de SCt. Mac. (4. 28.) Strube, rechtl. Bed. 2, 125. (Spangenberg's Ausgabe 2, 380. S. 161. 162.) behauptet, daß die Einrede des Senatusconsultes gebraucht werden könne, wenn der Einredende zu beweisen im Stande sey, daß das Darlehn zum Zwecke von Kriegsbedürfnissen unmöglich verwendet worden; allein er ist widerlegt von Thibaut Theorie der log. Auslegung. §. 18.

6) Es ist aber ein Irrthum, wenn man behauptet, daß die Einrede des SC. wegfalle, auch wenn der Sohn, ohne Soldat zu seyn, ein bürgerliches Gewerbe betreibe und zu demselben in *necessarias* causas eine Anleihe mache. Nicht nur l. 3. §. 1. D. de SC. Mac. (14. 6.) sagt gar nichts davon, indem sie bloß einen Fall anführt, in welchem der Gläubiger aus guten Gründen den fil. fam. für paterfam. gehalten habe; sondern auch l. 47. §. 1. D. de solution. (46. 3.) enthält für jene Behauptung nichts, da sie nur eine versio in rem bezeichnet. Cujac. ad lib. 12. Julian. Digestor.

ausgesetzt, daß das Darlehn von ihrer Seite im Uebrigen gültig, d. i. unter Autorisation der betreffenden Behörden gegeben worden ist. Das Röm. Recht läßt hierüber keinem Zweifel Raum [1]).

Zweite Abtheilung.

Von Entstehung der väterlichen Gewalt [2]).

I. Entstehung durch Zeugung.

§. 661.

Die erste Entstehungsart der väterlichen Gewalt ist die durch Zeugung in rechter Ehe [3]); es kommen dadurch von den ehelichen [4]) Kindern in die Gewalt des Hausvaters seine Söhne und Töchter, und die Kinder seiner Söhne [5]), und so weiter nach der agnatischen Verwandtschaft, in sofern diese Söhne im Augenblick der Conception ihrer eigenen Descendenten noch in der Gewalt des

1) l. 6. D. de V. S. (50. 16.) l. 15. D. de SCt. Mac. (14. 6.) v. Glück Pand. Thl. 14. S. 353 f. A. M. mit Voet und Frommann ist Thibaut Pand.-R. §. 378.

2) Außer den hier angeführten Entstehungsgründen entspringt sie auch noch dadurch, daß der *filiusfam.* die patr. pot. über seine Kinder erwirbt, wenn sein Vater stirbt, der bisher Sohn und Enkel in der Gewalt hatte, pr. I. quib. mod. jus patr. (1. 12.) conf. l. 41. D. de adopt. (1. 7.) und Nov. 81. c. 2. — Auch entsteht die väterliche Gewalt durch ein rechtskräftiges Urtheil. l. 1. fin. l. 2. D. de agnosc. et al. (25. 3.) — Aber nie erwirbt man sie durch Ersitzung, denn einen freien Menschen besitzt man nicht.

3) Da eine bloß putative Ehe alle Vortheile einer wirklichen nur für die daraus entsprungenen Kinder haben soll, nicht für die Eheleute: so kann dem Manne eine patria potestas daraus nicht entstehen, l. 57. §. 1. D. de ritu nupt. (23. 2.) c. 8. 11. 14. X. qui filii sint legit. (4. 17.)

4) Sie müssen mithin vom Ehemanne erzeugt seyn, wofür die Präsumtion streitet; s. unt. §. 703.

5) §. 3. I. de patr. pot. (1. 9.) l. 3. l. 4. D. de his qui sui (1. 6.)

Vaters befindlich gewesen sind [1]). Die Kinder der Töchter Jemandes stehen in der Gewalt seines Schwiegersohns oder dessen Vaters [2]); uneheliche Kinder aber in gar keiner väterlichen Gewalt, sondern sind von ihrer Geburt an sui juris.

II. Entstehung durch Legitimation.

A. Begriff und Erfordernisse.

§. 662.

Eine zweite Entstehungsart der väterlichen Gewalt ist die **legitimatio**, d. h. der rechtliche Act, durch welchen uneheliche Kinder in das Verhältniß ehelicher eintreten. Eigentlich gehören zwar Legitimation und Adoption nicht bloß in die Lehre von der Entstehung der väterlichen Gewalt, da sie außer dieser noch Wirkungen haben, und nicht einmal immer die väterliche Gewalt herbeiführen, z. B. im Falle der **legitimatio per testamentum** und der **adoptio minus plena**. Jedoch werden beide Institute hier am zweckmäßigsten abgehandelt, die erbrechtlichen Wirkungen derselben abgerechnet [3]). Da die **legitimatio per dationem curiae** [4]), oder durch Bestimmung des Sohnes zum Decurio, und durch Verehelichung der Tochter an einen Decurio, in Deutschland unanwendbar ist: so giebt es nur noch die durch nachfolgende Ehe und durch ein Rescript des Regenten. Jene erfordert weiter nichts, als daß die Aeltern in eine, wenn auch erst auf dem Sterbebette geschlossene, rechtsbeständige Ehe treten [5]); denn die

1) §. 9. I. quib. mod. p. p. solv. (1. 12.) l. 1. §. 6. fin. D. de conj. cum emanc. lib. (37. 8.)

2) l. 196. §. 1. D. de V. S. (50. 16.)

3) Heise Grundriß 3. Aufl. S. 144. Not. 17.

4) l. 3. 4. C. de natural. lib. (5. 27.)

5) §. 13. I. de nuptiis. (1.

ältere Meinung, daß die Ehe schon zur Zeit der Zeugung oder doch der Geburt des Kindes möglich gewesen seyn müsse, ist aus der Bestimmung, daß Kinder einer Sclavin nicht legitimirt werden sollen [1]), die Justinian ohnehin wieder aufhob [2]), sehr willkürlich abgeleitet [3]); und der Grundsatz des Römischen Rechts, daß die Kinder Concubinenkinder seyn sollen [4]), durch die dem canonischen Rechte folgende Praxis aufgehoben [5]). Es sind daher als legitimationsunfähig nur noch die in einem Inceste [6]) und die im Ehebruch erzeugten Kinder anzunehmen [7]), sofern nicht unter ihren Erzeugern nachher die Ehe durch Dispensation oder auf andere Weise möglich geworden ist. — Die zweite noch übrige Art der Legitimation setzt voraus, daß der Vater um eine Resolution des Regenten über die Erlangung der ehelichen Kindschaft für die Illegitimen nachsucht und sie erhält. Justinian wollte sie nur dann ertheilt wissen: a) wenn die Legitimation durch Ehe unmöglich sey [8]), b) keine ehelichen Kinder vorhanden [9]), und c) die zu legitimirenden Kinder im Römischen Concubinat erzeugt

10.) Nicht bloß Sponsalien, v. Glück Pand. Bd. 2. S. 307. Jordens disp. duae de legitimatione (in Fellenberg jurisprud. antiq. Tom. II. nr. 17.) Diss. II. cap. 5.; dagegen bedarf es nicht mehr der im Röm. R. erforderlichen schriftlichen Eheverträge (§. 13. I. de nuptiis. (1. 10.) l. 6. 10. 11. C. de natural. lib. (5. 27.), da diese bei uns zu dem charakteristischen Unterschiede der Ehe von andern ähnlichen Verbindungen nicht mehr gehören, v. Glück a. a. O. S. 306.

1) l. 10. l. 11. C. de nat. lib. (5. 27.)

2) Nov. 78. c. 4.

3) J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 17. §. 14. Höpfner's Comm. über die Instit. §. 136. Not. 2. Thibaut's Vers. B. 1. Nr. 10.

4) Nov. 89. c. 8.

5) c. 1. 6 X. qui filii sint legitimi. (4. 17.) J. H. Boehmer l. c. §. 16 — 21.

6) Nov. 74. c. 6. Nov. 89. c. 15 pr.

7) cap. 6. X. eod. (Schrader's Abh. a. d. Civilrecht. Bd. 1. Nr. 1. A. M. ist J. H. Boehmer l. c. §. 22 — 24.) Vgl. v. Glück Pand. Bd. 2. §. 141.

8) Nov. 74. c. 1.

9) Nov. 89. c. 9.

seyen [1]); indessen kann sich jeder Regent von dieser seine Machtvollkommenheit nicht fesselnden Beschränkung dispensiren, wie dieß schon die Päbste thaten, indem sie Kinder aus dem Ehebruch legitimirten [2]). Sind neben den mittelst solcher landesherrlichen Machtvollkommenheit gegen Justinians Regel legitimirten Kindern eheliche vorhanden: so können sie alsdann wegen Schmälerung ihrer Intestatsuccession oder ihres Pflichttheils keine Einwendungen machen [3]), sofern an der Wirksamkeit solcher landesherrlichen Machtsprüche überhaupt nicht gezweifelt werden kann. Ein besonderer Fall der legitimatio per rescriptum ist die legitimatio per testamentum [4]), welche eintritt, wenn der Vater seine unehelichen Kinder zu Erben einsetzt, mit dem Wunsche, daß sie legitimirt werden möchten. Dieß berechtiget die Kinder noch nach des Vaters Tode, um ein landesherrliches Legitimationsrescript zu bitten [5]). Da übrigens die Legitimation dem Kinde den Zustand der Unabhängigkeit nimmt, so muß auch dieses einwilligen [6]), wenn die Legitimation gültig seyn soll. Will ein Hauskind seine unehelichen Kinder legitimiren, so gehört dazu sein eigener, der Kinder und seines Vaters Consens [7]).

1) Nov. 89. c. 15.

2) cap. 13. X. qui filii sint legitimi. J. H. Boehmer l. c. §. 29—31.

3) Ueber die versch. Mein. Glück's Comm. üb. d. Pand. B. 2. §. 144. S. 272—276.

4) Eine fehlerhafte Benennung, da nicht das Testament, sondern auch hier das Rescript legitimirt, Jordens l. c. Diss. I. c. 5. §. 2.

5) Nov. 74. c. 2.

6) l. 11. D. de his, qui sui v. alieni jur. (1. 6.) Nov. 89. c. 11. pr. §. 1. Gegen die heutige Nothwendigkeit des Consenses ist J. H. Boehmer l. c. §. 26.

7) §. 7. I. de adoption. (1. 11.)

B. Wirkung.

§. 663.

Die Legitimation soll den unehelichen Kindern geben, was sie durch den in der bürgerlichen Gesellschaft bestehenden und gesetzlich anerkannten Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Kindern entbehren [1]). Daraus folgt, daß dem Legitimirten [2]) die Makel seiner Geburt abgenommen wird, daß er ehelicher Verwandter von Allen wird, von welchen er bisher unehelicher war, an allen Rechten ehelich geborner Kinder, namentlich den Successionsrechten [3]), Theil nimmt, und in die väterliche Gewalt seines Vaters übergeht [4]), also freilich auch die capitis diminutio minima [5]) erleidet. Durch die Legitimation des unehelichen Sohnes wird auch dessen eheliche Descendenz in ihres Großvaters Familie legitimirt; ist das uneheliche Kind todt, so kann es die Legitimation seiner ehelichen Descendenz wohl nicht mehr vermitteln [6]); für zulässig ist es aber nach allgemeinen Principen anzusehen, daß diese vom Großvater unmittelbar legitimirt werde, zwar wohl nicht durch nachfolgende Ehe des Großvaters mit der Großmutter, aber allerdings durch ein landesherrliches Rescript. Bei unehelicher Descendenz eines ehelichen Sohnes ist die Legitimation durch Ehe nur von Seiten des Vaters, durch Rescript aber auch von Seiten des Großvaters möglich. — Außer der Legitimation mit voller Wirkung, legitimatio plena,

1) Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 9. §. 1.

2) Die legitimatio per dationem curiæ hatte diese volle Wirkung nicht, l. 9. C. de natur. lib. (5. 27.) Nov. 89. c. 4.

3) Nov. 12. c. 4. Nov. 89. c. 8.

4) §. 13. I. de nuptiis. (1. 10.)

5) pr. §. 3. I. de cap. demin. (1. 16.)

6) Huber prael. ad Pand. I. 6. §. 50. v. Glück Pand. Bd. 2. §. 144. S. 314. A. M. ist Jordens l. c. Diss. 2. c. 4. 5.

giebt es in Deutschland noch eine andere, welche bloß die von Gilden und Zünften ausschließende Makel der Geburt aufhebt, ohne Kindesverhältnisse zu begründen, leg. **minus plena** [1]). Sie kann zwar nur durch eine Resolution des Regenten bewirkt werden, findet aber bei allen Arten unehelicher Kinder Statt, und kann selbst wider Willen der Aeltern auf das eigene Ansuchen [2]) der Kinder erfolgen. — Jede Legitimation wirkt nur von dem Augenblicke an, in welchem sie geschiehet, also nicht rückwärts [3]).

III. Entstehung durch Adoption.

A. Begriff.

§. 664.

Im ältern Röm. Rechte war adoptio eine Handlung, durch welche der Adoptant eine patria potestas über einen ihm durch Geburt nicht unterworfenen Menschen erlangte. Diese Erklärung paßt aber im neuern Rechte nicht mehr; denn sie würde die **legitimatio** auch begreifen, und oft giebt jetzt die adoptio die väterliche Gewalt nicht einmal. Daher muß man die in Deutschland fast ganz unbekannte Adoption erklären, als den rechtlichen unter obrigkeitlicher Autorität geschehenden Erklärungsact, durch den Jemand einen Andern in seine bürgerlichen Descendentenverhältnisse annimmt, in welchen dieser sich bisher nicht befand. Die Legitimation setzt also ein eigenes uneheliches Kind, die Adoption aber nothwendig eine fremde Person voraus. Man kann Jemand an Kindes und an Enkels oder Urenkels Statt, und in den letztern Fällen als Enkel (oder Ur-

1) Lauterbach colleg. 3. obs. 49.
Lib. I. T. 6. §. 25.
2) Wernher Tom. I. P. cap. 2.
3) Jordens l. c. Diss. 2.

enkel) von einem bestimmten Sohne und sogar ohne einen solchen (quasi ex filio vel incerto natum) adoptiren [1]), allein über das Descendentenverhältniß erstreckt sich die Adoption nicht hinaus [2]). Ist das Adoptivkind noch in der Gewalt eines Anderen, so ist dieß Adoption im engern Sinne; ist es Hausvater, Arrogation [3]). Beide rechnen die Römer zu den legis actiones [4]).

B. Erfordernisse.

§. 665.

Zur Adoption gehört: A) die Fähigkeit, zu adoptiren, welche sowohl verheiratheten, als unverheiratheten [5]) Personen zusteht; die aber entzogen ist: a) den Personen, welche noch selbst in der Gewalt eines Anderen sind; b) den Frauenzimmern, wenn sie nicht vom Regenten zum Ersatz für verlorne Kinder die Erlaubniß dazu erhalten haben [6]); c) den Castraten [7]) ohne Unterschied, während allen andern Arten von Impotenten nicht verboten ist zu adoptiren [8]); d) solchen Personen, welche nicht wenigstens 18 Jahre älter sind, als das Adoptivkind [9]). — B) Die

1) §. 5. 7. I. de adopt. (1. 11.) l. 15. §. 1. l. 37. pr. l. 43. D. eod. (1. 7.)

2) l. 7. C. de hered. inst. (6. 26.) Cujacii not. post. ad §. 6. I. de adopt. Die sogenannte Adoption an Bruders oder Vaters Statt enthält also nicht nur im Ausdruck etwas Sonderbares, sondern ist juristisch unmöglich; und es läßt sich damit der allerdings sehr denkbare Fall, daß durch ein Rescript des Regenten oder durch Erbverträge Jemand zu einem Andern ins Verhältniß eines Bruders oder Vaters gebracht werde, nicht wohl vergleichen. A. M. ist Thibaut Pand.-R. §. 488.

3) §. 1. I. de adopt. (1. 11.) l. 1. §. 1. l. 2. pr. D. eod. (1. 7.) Gellii Noct. Att. V, 19.

4) l. 1. C. eod. (8. 48.) Wegen der in jure cessio s. Schweppe Rechtsgesch. §. 380.

5) l. 30. D. de adopt. (1. 7.)

6) §. 10. I. de adopt. (1. 11.) l. 5. C. eod. (8. 48.)

7) §. 9. I. eod. l. 2. §. 1. D. eod. (1. 7.)

8) §. 9. I. eod. l. 40. §. 2. D. eod. (1. 7.) Theophilus ad §. 9. I. eod.

9) §. 4. I. eod. l. 40. §. 1.

Fähigkeit, adoptirt zu werden, hat Jeder, weß Geschlechts oder Alters er sei [1]). Nach dem neueren Rechte können selbst Frauen und Unmündige arrogirt werden [2]). Die Arrogation eigener Concubinenkinder, welche Anastas als Art der Legitimation erlaubte [3]), ist von Justinian untersagt [4]). Sind leibliche Kinder aus der väterlichen Gewalt getreten, so können sie wieder adoptirt werden [5]); aber nicht emancipirte Adoptivkinder [6]); auch treten wieder adoptirte leibliche Kinder nicht in das alte Verhältniß zu ihren in der väterlichen Gewalt gebliebenen Kindern zurück [7]).

C) Die gehörige Vollziehung der Handlung, welche überhaupt auf der Einwilligung der Parteien und auf der öffentlichen Autorität beruhet, besteht darin: daß a) bei der Adoption beide Väter das Geschäft abschließen, nämlich der natürliche Vater, das gegenwärtige, einwilligende oder doch nicht widersprechende [8]) Kind dem Adoptivvater überlassen zu wollen, vor der bestätigenden Obrigkeit erklärt [9]), und, wenn es als Kindeskind von einem bestimmten Sohne angenommen werden soll, auch dieser consentirt [10]), ohne

D. eod. Es kann daraus aber nicht geschlossen werden, daß man, um in locum nepotis Jemand zu adoptiren, 36 Jahr älter seyn müsse, als dieser; wiewohl die Consequenz dafür wäre, sagt das Röm. R. doch nichts davon. A. M. ist v. Glück Pand. Bd. 2. S. 354.

1) l. 20. §. 1. l. 21. l. 42. D. eod.

2) Gajus I. 102. l. 21. D. eod. Schweppe Rechtsgesch. §. 382.

3) l. 6. C. de nat. lib. (5. 27.)

4) l. 7. C. eod. Nov. 89. c. 7. et c. 11. §. 2.

5) l. 12. l. 15. §. 1. l. 41. D. de adopt. (1. 7.); wie überhaupt Blutsverwandte, l. 42. pr. D. de bon. libertor. (38. 2.)

6) l. 37. §. 1. D. eod.

7) l. 41. D. eod.

8) l. 5. D. eod. l. 10. pr. l. 11. fin. C. eod. (8. 48.) „Cum in hoc casu et contradicendi filio ex jure veteri detur licentia, et invitus transire ad aliam non cogitur familiam.“ l. 10. pr. cit.

9) l. 11. C. de adopt. (8. 48.)

10) §. 7. I. eod. l. 6. l. 11. D. eod. Sonst gilt die adoptio nur als eine quasi ex incerto filio geschehene; denn Niemandem soll ein suus heres aufgedrungen

daß es auf den Consens der übrigen Agnaten ankommt [1]). Die Einwilligung des filiusfam., dessen Kind vom Großvater einem Andern an Kindes Statt übergeben wird, ist zur adoptio nicht erforderlich. b) Bei der Arrogation müssen der Arrogirende und der zu arrogirende Sohn das Geschäft mit einander abschließen. Sie tritt ein, nachdem die Obrigkeit zuvor eine Untersuchung über die Schicklichkeit [2]) und Zulässigkeit der Handlung angestellt, den Arrogirenden 60 Jahr alt befunden und die Adoption den Umständen [3]) nach gebilligt hat [4]), auch, wenn Vormünder da sind, diese einstimmig consentirt haben [5]), die zwischen den beiden Contrahenten getroffene Uebereinkunft durch ein dem Gerichte vorzulegendes Rescript des Regenten genehmiget wird [6]). Bei der Arrogation müssen alle Theile persönlich [7]) zugegen seyn, können sich also nicht vertreten lassen. — Bei den Römern konnte übrigens die eigentliche Adoption nur bei den höhern Magistraten geschehen [8]), was bei uns indessen wegfällt. Competenz des Gerichtes für diese Parteien ist bei der Adoption und Arrogation

werden, wie doch geschehen würde, wenn der bestimmte Sohn nicht consentirte.

1) l. 7. D. eod.

2) Die Obrigkeit muß besonders forschen, ob bei der Arrogation nicht turpis causa vorwalte, l. 15. §. 2. 3. l. 17. pr. §. 3. 4. D. eodem.

3) Die causae cognitio der Obrigkeit ist bei jeder Arrogation, nicht bloß der eines impubes nöthig, wie man aus §. 3. I. de adopt. (1. 11.) hat schließen wollen; s. Not. 2. legg. citt.

4) l. 15. §. 2. l. 16. l. 17. l. 18. D. eod. Donelli comm. lib. 2. c. 23. Wer schon Kinder hat, soll nicht ohne besondere wichtige Gründe arrogiren; eben so ist Arrogation mehrerer Kinder nur ausnahmsweise beim Eintritt gerechter Ursachen erlaubt. Dieß muß dem Regenten bei der Bitte um das Rescript vorgestellt werden.

5) l. 8. D. eod. l. 5. C. de auct. praest. (5. 59.)

6) l. 6. C. de adopt. (8. 48.) §. 1. I. eod. (1. 11.) l. 2. pr. D. (1. 7.)

7) §. 8. I. quib. mod. j. patr. pot. (1. 12.) l. 24. l. 25. §. 1. D. de adopt. (1. 7.)

8) l. 3. D. de off. procons. (1. 16.) l. 1. C. de adopt. (8. 48.)

nie erforderlich gewesen [1]); ja es schadet der Handlung nichts, wenngleich die eine Partei selbst der Richter ist [2]). Jedoch möchte dieß, wenn es mit der causae cognitio bei der Arrogation genau genommen werden soll, immer bedenklich bleiben. — Statt der ehemaligen Form der Mancipation beim Adoptiren, reicht jetzt das gerichtliche Protocoll [3]) hin. Die Adoption in einem letzten Willen, **adoptio per testamentum**, gilt nicht anders, als wenn der Regent sie confirmirt [4]).

C. Wirkungen.

§. 666.

Die Adoption im engern Sinne bewirkt, daß der Adoptirte den Namen und den etwa höhern [5]) Stand von dem Adoptivvater annimmt [6]), in alle Verhältnisse seines Kindes tritt, in dessen väterliche Gewalt [7]) übergeht, und Agnat und Cognat von allen Agnaten des Vaters wird [8]), während er die Cognationsverhältnisse mit

1) l. 36. §. 1. D. de adopt. (1. 7.) l. 2. pr. D. de offic. proc. (1. 16.) Zwar scheint l. 11. C. de adopt. (8. 48.) zu widersprechen; allein sie nimmt das Wort „competentem“ nur in dem Sinne, daß der Magistrat wegen seiner Würde dazu berechtigt sey, nicht wegen der Person der Parteien.

2) l. 3. l. 4. D. eod. (1. 7.) l. 2. D. de off. praes. (1. 18.)

3) l. 11. C. de adopt. (8. 48.)

4) Schweppe Rechtsgesch. §. 380.

5) Nicht den niedrigern, als der bisherige des Adoptirten ist, l. 35. D. de adopt. (1. 7.) l. 5. l. 6. pr. §. 1. l. 10. D. de senatoribus. (1. 9.) Den höheren Stand aber eigentlich bloß bei der dignitas consularis und senatoria, l. 5. l. 6. D. eod. Schweppe Rechtsgesch. §. 381.

6) l. 1. pr. D. de munic. (50. 1.)

7) §. 2. fin. I. de adopt. (1. 11.) l. 2. §. 2. D. eod. (1. 7.) Diese väterliche Gewalt über Adoptivkinder ist dieselbe, wie über leibliche; der Adoptivvater kann jene also wieder Andern in Adoption geben, §. 8. I. eod. §. 4. I. de exher. lib. (2. 13.)

8) l. 23. l. 26. D. de adopt. (1. 7.) Er wird nicht Cognat der Cognaten des Adoptivva-

seiner natürlichen Familie zwar behält, aber die Agnatenverbindung mit derselben Familie verliert [1]), und also die capitis diminutio minima auch noch nach dem neuesten Röm. R. erleidet [2]). Nach einer Verordnung Justinian's sollen indessen die Wirkungen, wenn das Kind in der Gewalt des leiblichen Vaters [3]) ist, nur bei der Adoption von Seiten eines väterlichen oder mütterlichen Ascendenten eintreten [4]). Justinian wurde zu dieser Abänderung des älteren Rechtes durch Erwägung der Nachtheile veranlaßt, welche dem Kinde erwuchsen, wenn der leibliche Vater nach der Adoption starb (von dessen Intestaterbschaft es dann nichts erhalten konnte) und es dann vom Adoptivters, l. 1. §. 4. D. unde cogn. (38. 8.) Hiernach richtet sich sein Erbanspruch.

1) §. 13. I. de hered. quae ab int. defer. (3. 1.) l. 1. §. 4. D. unde cogn. (38. 8.) Dieser Austritt aus der Agnatenverbindung mit der natürlichen Familie war im alten Erbrechte von großer Wichtigkeit, weil der Ausgetretene in seiner natürlichen Verwandtschaft bloß die bonorum possessio unde cognati behielt, §. 10. 13. I. de hered. quae ab int. (3. 1.) §. 3. I. de succ. cognat. (3. 5.) l. 4. D. si tab. test. nullae. (38. 6.) Dieß ist jetzt für die Intestaterbfolge ohne Wirkung, da ihr bloß Blutsfreundschaft zum Grunde liegt. Aber das Notherbenrecht wird noch jetzt durch jenen Austritt ausgeschlossen. §. 4. I. de exhered. liber. (2. 13.) §. 12. I. de hered. quae ab int. (3. 1.) l. 6. §. 4. D. de bon. poss. c. tab. (37. 4.)

2) l. 3. pr. D. de capite min. (4. 5.)

3) Es ist dem älteren Rechte gemäß, daß das peculium des fil.-fam., der vollkommen adoptirt wurde, nicht auf den Adoptivvater überging, sondern bei dem leiblichen Vater blieb; denn dieser war der Eigenthümer des Sonderguts. Wird auch jetzt das Profectitium vom Adventitium unterschieden: so ist doch kein Grund da, eine Aenderung obigen Grundsatzes bei der eigentlichen Adoption anzunehmen. Das vor dem Zeitpuncte der geschehenen Adoption vorhandene Profectitium behält der leibliche Vater ganz, das Adventitium im Nießbrauch und in der Administration; was aber nach der Adoption vom fil.-fam. besessen oder erworben wird, darin treten die Rechte des Adoptivvaters mit der väterlichen Gewalt ein.

4) l. 10. pr. §. 1. C. de adopt. (8. 48.) §. 2. I. eod. (1. 11.) §. 14. I. de heredit. quae ab int. (3. 1.) Höpfner's Comm. §. 149. Not. 4. von Löhr im Mag. III. 11.

vater emancipirt wurde (in welchem Falle es von dessen Intestaterbschaft auch nichts erhielt); der Kaiser glaubte, daß ein leiblicher Ascendent als Adoptivvater sein Adoptivkind diesem Nachtheile nicht aussetzen werde. Wenn also ein Vater seinen leiblichen Sohn oder seine leibliche Tochter aus seiner väterlichen Gewalt einem Andern in Adoption giebt [1]): so sollen die alten Wirkungen nur dann eintreten, wenn der Adoptivvater leiblicher Ascendent des Kindes ist; ist er dieß nicht, so bleibt das Kind in der Gewalt und Familie seines leiblichen Vaters, und der Adoptirende soll gar keine Vaterrechte [2]) über das Kind erlangen; stirbt er aber während des Adoptionsbandes: so hat das Kind im Vermögen des Adoptirenden das Intestaterbrecht eines suus [3]). Die alte echte Adoption nennt man jetzt adoptio plena; Justinians Modificationen aber adoptio minus plena. Giebt ein Ascendent seinen leiblichen Enkel in Adoption: so kommt es darauf an, ob der Enkel beim Tode dieses Ascendenten, angenommen daß die Adoption nicht geschehen wäre, ihn würde ab intestato beerbt haben [4]). In diesem Falle soll die Adoption wie bei den Söhnen und Töchtern beurtheilt werden, also minus plena seyn, falls der Adoptivvater ein Fremder ist; plena, wenn er ein leiblicher Ascendent des Kindes ist. Ist aber der in Adoption gegebene Enkel in dem angegebenen Zeitpuncte nicht in der Lage, zu jener Erbschaft

1) Mackeldey heut. Röm. R. 8te Aufl. Thl. 2. S. 375 f. l. 10. §. 4. C. de adopt. (8. 48.)

2) Dieß ist freilich eine gegen den Begriff der adoptio anstoßende Sonderbarkeit Justinians; aber nichts desto weniger in dem Gesetze klar. Püttmann, Miscell. lib. sing. cap. 9.

3) Nur Intestaterbrecht; und nur gegen den Adoptivvater, nicht gegen dessen Verwandte, l. 10. §. 1. C. eod. l. 14. I. de hered. q. ab int. (3. 1.)

4) Dieß Verhältniß läßt sich also erst beim Tode des das Kind in Adoption gebenden Ascendenten beurtheilen.

berechtigt zu seyn: so ist die adoptio immer plena. — Giebt Jemand sein Adoptivkind einem Dritten aufs Neue in Adoption: so bleibt es ebenfalls stets bei dem alten Rechte dieses Verhältnisses. — Bei der adoptio minus plena behält das Kind namentlich auch die Successionsansprüche an den Nachlaß seiner Verwandten, wie jeder andre filiusfamilias [1]). Uebrigens hat die minus plena dieselben Formen, wie die plena; denn Justinian hat daran nichts geändert; auch kann sie ebenso wie diese durch Emancipation aufgehoben werden, und das Adoptivkind verliert dadurch dann sein Erbrecht im Nachlasse des Adoptivvaters wieder [2]). — Die Arrogation, bei welcher diese Unterscheidung zwischen plena und minus plena nicht [3]) gilt, hat dieselben Wirkungen, wie die volle Adoption [4]), jedoch mit folgenden Eigenthümlichkeiten: a) Hat der Arrogirte selbst schon Kinder, so gehen diese mit in die Gewalt des arrogator über [5]). b) Das Vermögen des Arrogirten erhält jetzt nicht mehr der Arrogirende, sondern wird peculium adventitium [6]). Ist ein Unmündiger [7]) arrogirten können vom Vater verlangen, daß er sie befriedigen oder ihnen dieß peculium adventitium zum Concurse aushändige. §. 3. I. eod. — Dasjenige, was peculium militare des Arrogirten gewesen seyn würde, falls dieser unter väterlicher Gewalt gestanden hätte, wird auch nach der arrogatio zum militare. l. 4. §. 2. D. de castr. pec. (49. 17.)

1) §. 2. I. de adopt. (1. 11.) l. 10. pr. §. 1. C. eod.

2) l. 10. §. 2. C. eod.

3) l. 10. §. 5. C. eod.

4) l. 10. §. 6. C. eod.

5) l. 3. pr. D. de capite min. (4. 5.) Dieß ist keineswegs bei der Adoption der Fall, welche nur dann die Kinder des Adoptivkindes mitgiebt, wenn sie ausdrücklich dem Adoptivvater auch überlassen werden, l. 11. I. de adopt. (1. 11.) l. 2. §. 2. l. 15. pr. l. 40. pr. D. eod. (1. 6.)

6) §. 2. I. per quas pers. cuiq. adq. (2. 9.) l. 15. pr. D. de adopt. (1. 7.) §. 1. 2. I. de acquis. per arrog. (3. 11.) Die bisherigen Gläubiger des Arro-

7) Unmündige konnten vor Antoninus Pius Verordnung darüber gar nicht arrogirt werden. Ulpian. fragm. 8, 5. Auch jetzt hat die arrogatio impuberis noch immer einiges Besondere. Der Richter muß dabei eine scharfe causae cognitio aus-

rogirt, so gilt noch eine Verbindlichkeit zur Herausgabe des Vermögens des Kindes nebst allem, was durch das Kind erworben ist, und zwar an das Kind selbst, wenn es emancipirt oder exheredirt wird [1]), an die Erben des Kindes, welche es ohne Rücksicht auf die Arrogation sind, wenn es in der Unmündigkeit verstirbt; und muß dieser Verbindlichkeit wegen gleich bei der Arrogation Caution bestellt werden [2]). Die Adoption von Seiten einer Frau auf besondre landesherrliche Erlaubniß hat die Folge, daß sie als leibliche Mutter, und der Adoptirte als leibliches Kind betrachtet wird [3]); allein väterliche Gewalt wird dadurch nicht gewirkt, auch (da das Gesetz davon schweigt) keine Verbindung mit den Verwandten der Mutter [4]). Auf die eigenthümlichen Deutschen Geblütsrechte kann übri-

üben, und darf sie ohne Verwandtschafts- oder Freundschaftsverhältnisse (sanctissima affectio) nicht zulassen, §. 3. I. de adopt. (1. 11.) l. 17. §. 1. 2. D. eod. (1. 7.) Es sollen auch neben den Vormündern die nächsten Verwandten des Pupillen befragt werden, l. 2. init. C. eod. (8. 48.) Der mündig gewordene Arrogirte kann aber, wenn sich die arrogatio dennoch als nachtheilig für ihn ausweiset, die Emancipation verlangen, l. 32. pr. l. 33. D. eod.

1) Uebrigens soll er eigentlich es nicht einmal ohne besondre gerechte Gründe emancipiren (§. 3. I. eod. l. 13. D. si quid in fraud. patron. (38. 5.)) Vgl. wegen der Quarta Divi Pii unten §. 977.

2) §. 3. I. de adopt. (1. 11.) Diese Caution ist eine satisdatio, welche nach Römischem Gebrauch einem servus publicus geleistet werden mußte; bei uns ist sie den Verwandten des impubes selbst zu machen, l. 17. §. 5. l. 18. l. 20. D. eod. (1. 7.) Auch die Erben des Arrogirenden werden durch diese Caution verpflichtet, l. 22. pr. D. eod. — Wenngleich aber die Caution versäumt war, kann der Arrogirende dennoch, als wenn sie gemacht wäre, mit einer actio utilis belangt werden, welche auf Herausgeben des Vermögens des arrogatus geht. l. 19. §. 1. D. eod.

3) §. 10. I. eod. (1. 11.) l. 29. §. 3. D. de inoff. test. (5. 2.) l. 5. C. de adoption. (8. 48.)

4) Die Vorschriften und Formen der ordentlichen Adoption sind hier nicht anwendbar; es kommt bloß auf das landesherrliche Rescript an. Nur Frauenzimmer (nicht gerade bloß Wittwen), welche Kinder gehabt und verloren haben, sollen adoptiren dürfen.

gens ein Adoptirter keinen Anspruch machen [1]). — Die gesammten Wirkungen der Adoption und Arrogation dauern nur fort bis zur Emancipation, oder Entlassung aus der Gewalt des Adoptirenden oder Arrogirenden (s. §. 672.) [2]).

D. Annahme eines Pflegkindes.

§. 667.

Pflegkind (alumnus) ist dasjenige, welches Jemand, bloß um es zu ernähren und zu erziehen, zu sich nimmt [3]). Einige Ehrfurcht kann der Pflegevater verlangen [4]), sich aber sonst keine Rechte über das Kind anmaßen [5]), dem er indessen auch zu nichts verpflichtet ist, selbst nicht zur ferneren Unterstützung, wenn er sich nicht vertragsmäßig verpflichtete [6]). Das Verhältniß zwischen dem Pflegevater und Pflegekinde ist mithin, wenn nicht ein anderes rechtliches Band hinzutritt, bloß ein factisches, kein rechtliches (Vgl. §. 644. am Ende.).

1) Glück's Pand. Bd. 2. §. 152.

2) Wenngleich eine Emancipation das Band zwischen Adoptirenden oder Arrogirenden und dem angenommenen Kinde wieder trennt, wird doch die Ehe zwischen den durch Adoption in die gerade Linie der Verwandtschaft gekommenen Personen auch nachher für verboten angesehen, l. 13. D. de adopt. (1. 7.) l. 55. pr. §. 1. D. de ritu nupt. (23. 2.) — Das emancipirte Adoptivkind tritt durch die Emancipation in seine natürliche Familie wieder ein, und wird jedem daraus Emancipirten gleich, hat also die bon. possess. c. tabb. gegen das väterliche Testament, §. 4. fin. I. de exhered. lib. (2. 13.) §. 10. I. de hered. quae ab int. (3. 1.) l. 6. §. 4. D. de bon. poss. c. tab. (37. 4.)

3) l. 3. C. de inf. exp. (8. 52.) c. un. X. eod. (5. 11.)

4) l. 1. §. 3. D. de obseq. par. praest. (37. 15.) l. 17. C. de his qui acc. non poss. (9. 1.)

5) l. 3. §. 4. D. de hom. lib. exh. (43. 29.)

6) l. 132. pr. D. de V. O. (45. 1.)

Dritte Abtheilung.

Von Erlöschung der väterlichen Gewalt.

I. Durch Tod.

§. 668.

Die väterliche Gewalt erlischt durch Tod [1]) des Vaters und des Hauskindes [2]); jedoch werden durch des Vaters Ableben nur die sui frei, während die väterliche Gewalt über die Kindeskinder von der berechtigten Mittelsperson fortgesetzt wird [3]). Stehen Enkel in der Gewalt des Großvaters, ihr Vater aber ist nicht in derselben: so werden sie durch den Tod des Großvaters sui juris und fallen nicht in die väterliche Gewalt ihres Vaters.

II. Bei Lebzeiten.

A. Ohne capitis diminutio des Kindes.

§. 669.

Ohne capitis diminutio des Kindes erlischt die väterliche Gewalt: a) durch Vergehen des Vaters, indem dieser ein Häretiker wird, d. i. bei uns zu einer vom Staate verbotenen Religionssecte übertrittt [4]), oder indem er die Kinder nicht alimentiren will oder aussetzt [5]), die

1) Natürlichen oder bürgerlichen, §. 1. 3. I. quib. mod. jus patr. pot. (1. 12.) l. 6. C. de sentent. pass. (6. 51.) Im Falle des bürgerlichen Todes kann nach neuerem Röm. Rechte dieser Verlust der väterl. Gewalt durch jede Begnadigung wieder restituirt werden; im älteren Röm. Rechte war dieß beschränkter, l. 6. l. 9. l. 13. pr. C. eod. §. 1. I. cit. Jedenfalls datirt die Wiederherstellung erst von der Begnadigung an, l. 13. §. 1. C. eod.

2) Beim Tode des Hauskindes erlischt aber der väterliche Nießbrauch nicht,

3) l. 5. D. de his, qui sui v. alieni juris. (1. 6.)

4) c. 2. §. 4. in VIto, de haeretic. (5. 2.)

5) l. 2. C. de inf. exp. (8.

Töchter zur Unzucht zwingen oder verleiten zu wollen an den Tag legt [1]), zu einer andern blutschänderischen Ehe schreitet [2]). b) Durch hohe Würden trat der Sohn aus der Gewalt des Vaters im alten Röm. Rechte keineswegs heraus [3]); im neuern wurde dem Patriciate und allen Würden, die vom Amte eines Decurionen befreien, auch die Befreiung aus der väterlichen Gewalt beigelegt [4]). Namentlich auch die Bischofswürde machte davon frei [5]). Schwerlich ist dieß Alles analog auf unsre Staatsdienste und hohen Würden zu beziehen. Jedoch ist dieß jetzt eine ziemlich unwichtige Frage; denn wenngleich im Röm. Rechte ein abgesonderter Haushalt der väterlichen Gewalt kein Ende macht und noch weniger die bloße Verheirathung dieß bewirkt: so nimmt man doch in Deutschland den Ausgang aus dem väterlichen Hause und einen separaten Haushalt des Kindes als befreiend an [6]). — Eine Capitisdiminution erfolgt bei der Befreiung durch hohe Würden des Kindes oder durch Vergehen des Vaters keineswegs, und dieses bleibt also übrigens in der Familie, im Agnationsverhältnisse und erbt als suus heres [7]). Dagegen ist es irrig, wenn man hat annehmen wollen, daß keine wahre Befreiung von der väterlichen Gewalt durch die Würden Statt finde, daß diese nur in Rücksicht der Be-

52.) Cujacii Parat. ad h. t. l. un. X. de infant. et languid. exp. (5. 11.)

1) l. 12. C. de episc. aud. (1. 4.) l. 6. C. de spectaculis et scen. (11. 40.)

2) Nov. 12. c. 2. 3.

3) §. 4. I. quib. mod. jus p. p. solv. (1. 12.) l. 3. D. de adopt. (1. 7.)

4) l. 5. C. de consul. et non sparg. (12. 3.) Nov. 81. pr. c. 1. l. 66. C. de decurion. (10. 31.) v. Glück Pand. Bd. 2. §. 156.

5) Nov. 81. c. 3. Nov. 123. c. 4. fin.

6) Runde's deutsches Privatr. §. 620.

7) Nov. 81. c. 2. Das Profectitium eines Kindes in hohen Würden wird behandelt, als ob es ihm geschenkt wäre. Archiv für civ. Praxis. Bd. 8. Nr. 2. S. 281. ff.

schwerlichkeiten für den Sohn aufhöre, dieser aber namentlich noch die Einrede des macedonischen Senatusconsultes gebrauchen könne [1]). — c) Dann ist hierherzuzählen: die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch richterliches Urtheil, welches den Sohn rechtskräftig von derselben frei spricht [2]); d) die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eine Legitimation oder Adoption, welche vorgegangen gewesen [3]), wobei jedoch, weil Restitution gegen die Aeltern [4]) nicht gesucht werden kann, diese einwilligen müssen, wenn sie ertheilt werden soll. — Irrthümlich ist von Manchen [5]) behauptet worden, daß Verjährung oder langer Zeitverlauf überhaupt dem Hausvater, der seine väterliche Gewalt auszuüben versäumt, dieselbe nimmt; namentlich wenn der Vater 10 oder 20 Jahr lang dem Sohne nachgesehen habe, als homo sui juris zu leben [6]). Allein dem ersten Principe der väterlichen Gewalt ist gemäß, daß sie nicht durch Nichtgebrauch verloren wird [7]).

1) Man hat dieß aus l. 1. §. 3. D. de SCt. Mac. (14. 6.) schließen wollen; allein diese Stelle setzt nach dem alten Rechte gerade voraus, daß der Sohn ungeachtet der Würde fil.-fam. geblieben sey.

2) l. 1 §. 4. D. de lib. exhib. (43. 30.)

3) l. 3. §. 6. D. de minor. (4. 4.)

4) l. 2. C. qui et adv. quos. (2. 42.)

5) Auch von Schweppe, vorige Aufl. unter Anführung von l. 1. C. de patr. pot. (8. 47.) und Westenberg D. Marc. diss. 28.

6) Die l. 1. C. cit. trägt bloß einen Fall vor, in welchem die väterliche Gewalt unwahrscheinlich durch den Umstand geworden war, daß der Sohn schon lange als sui juris gelebt hatte; worin mittelbar gerade liegt, daß die Gewalt dadurch nicht aufgehoben wird. Die l. 25. pr. D. de adopt. (1. 7.) bestimmt, daß der Vater, wenn er ein Kind emancipirt und lange frei von väterlicher Gewalt gelassen habe, nach des Kindes Tode diese Emancipation nicht wegen Mangels der Förmlichkeit solle anfechten können; es ist darin also ebenfalls nichts gesagt, das zu dem Schluß berechtigte, die väterliche Gewalt gehe durch Nichtgebrauch verloren.

7) Giphan. explan. Cod. T. II. p. 472.

B. In Verbindung mit einer capitis diminutio des Kindes.

§. 670.

In Verbindung mit einer capitis diminutio des Kindes erlischt die väterliche Gewalt: a) wenn der Vater, indem er sich selbst und seine Hauskinder in die Gewalt eines Andern übergiebt, sich arrogiren läßt, b) wenn er das Kind in die volle Adoption giebt, und c) durch Emancipation [1]), d. h. den Rechtsact, durch welchen er den Kindern die Freiheit von der väterlichen Gewalt ertheilt. Auch diese Handlung sehen die Römer als legis actio an [2]). — Nur von der Emancipatio ist hier noch zu handeln.

1. Erfordernisse der Emancipation.

§. 671.

Die väterliche Gewalt wurde bei den Römern am gewöhnlichsten durch Emancipation aufgehoben. Deren Erfordernisse sind: A) Einwilligung des Vaters [3]); nur ausnahmsweise wird er zur Emancipation gezwungen: a) wenn er die Kinder mißhandelt [4]), b) wenn er mit der Verpflichtung zu emancipiren etwas angenommen hat [5]), c) wenn ein arrogirter impubes nach dem Eintritt der Mündigkeit die Emancipation aus gerechten Ursachen verlangt [6]), und wenn der Vater eines Verschwenders dessen Kinder unter der Bedingung der Emancipation zu Erben eingesetzt hat [7]).

1) In diesen drei Fällen allen: familia mutatur; daher cap. dim. minima.

2) l. 3. C. de emancip. (8. 49.)

3) §. 10. I. quib. mod. p. p. solv. (1. 12)

4) l. 5. D. si a par. quis manum. (37. 12.)

5) l. 92. D. de cond. et demonstr. (35. 1.) Cujacius ad Pauli R. S. lib. 4. tit. 13.

6) l. 32. pr. l. 33. D. de adopt. (1. 7.)

7) l. 16. §. 2. 3. de curat. furios. (27. 10.)

B) Gehört dazu die Einwilligung des Kindes [1]), worauf nur dann nicht gesehen wird, wenn das Kind noch infans ist [2]), oder durch Adoption in die väterliche Gewalt gelangte [3]). Aber selbst dann hängt die Emancipation von des Kindes Einwilligung ab, wenn es sich gegen den Vater vergangen und sich überhaupt schlecht betragen hat [4]); wiewohl er es zur Strafe aus dem Hause stoßen und ohne Alimente lassen mag [5]), — was der väterlichen Gewalt kein Ende macht [6]). C) Muß die Emancipation gehörig vollzogen werden, und zwar, nach Aufhebung der alten, mittelst Scheinverkaufs bewerkstelligten Emancipation [7]), unter Abwesenden durch Auswirkung eines Rescripts des Regenten, emancipatio Anastasiana [8]), oder durch eine Erklärung unter den gegenwärtigen Parteien vor der Obrigkeit, emancipatio Justinianea [9]). Da in Deutschland alles wegfällt, was auf Ideen der Feierlichkeit der Emancipation, als einer legis actio beruht, so kann die letztere Art jetzt ohne Zweifel auch stillschweigend erfolgen [10]). Ist in den Förmlichkeiten gefehlt, so kann zwar das Kind, aber nicht mehr der Vater nach des Kindes Tode die Emancipation anfechten wollen [11]). Nach dem gemeinen Rechte

1) l. 5. C. de emanc. (8. 49.)

2) l. 5. C. eod. Nov. 89. c. 11.

3) §. 3. I. de adopt. (1. 11.) l. 132. pr. D. de V. O. (45. 1.) l. 10. pr. C. de adopt. (8. 48.)

4) A. M. ist v. Glück Pand. B. 2. §. 160. S. 361. 2te Aufl. S. 417.; vgl. Hagemann u. Günther Archiv. 1. Thl. Nr. 14.

5) l. 5. §. 11. de agnosc. vel alend. lib. (25. 3)

6) Thibaut, Versuche. 2. Bd. S. 264 f.

7) l. 6. C. de emanc. (8. 49.)

8) l. 5. C. eod. l. 18. C. de collat. (6. 20.) l. 11. C. de legit. hered. (6. 58.)

9) l. 6. C. de emancip. (8. 49.)

10) Vgl. Höpfner's Comm. üb. d. Inst. §. 156. Schon bei den Römern, z. B. wenn der Vater mit Zustimmung des Sohnes diesem einen Tutor erbittet (arg. pr. I. de tutel. (1. 13.) l. 239. D. de V. S. (50. 16.))

11) l. 25. pr. D. de adopt.

unzulässig ist die in manchen deutschen Ländern übliche Particularemancipation für einzelne Geschäfte [1]); wo sie aber gilt, macht sie das Kind für Geschäfte der bestimmten Art auf immer frei von der väterlichen Gewalt, sofern nicht in der Art der Befreiung eine Beschränkung auf Zeit oder einzelne Fälle liegt. — In Deutschland kommt die Römische Emancipation selten vor, wegen der deutschen. Durch letztere erleidet das Kind aber keine capitis diminutio.

2. Wirkungen der Emancipation.

§. 672.

Die durch die alte Emancipation [2]) veranlaßte, jedoch bei der neuern beibehaltene [3]) Wirkung der Emancipation ist Befreiung von der väterlichen Gewalt, aber zugleich auch eine Veränderung der Familienverhältnisse, d. i. eine Capitisdiminution [4]) mit dem Verluste der Agnation, insofern nicht der Vater bei dem Regenten die Beibehaltung auswirkte [5]); doch wurde dieser Verlust für die väterliche

1) v. Glück's Pand. B. 2. §. 161. S. 377 — 379.

2) Man kann zwar die Wirkungen der Emancipation, da sie zum Theil schon von Justinian's Gesetzgebung minder bedeutend gemacht, zum Theil wegen der deutschen Emancipation bei uns sehr selten sind, als eine wenig praktische Lehre ansehen. Allein aufgehoben ist sie nirgend und kann allerdings noch immer ihre Anwendung finden.

3) l. 6. C. de emanc. (8. 49.)

4) l. 3. §. 1. D. de capite min. (4. 5.) §. 3. I. de cap. dimin. (1. 16.)

5) l. 11. C. de legit. hered. (6. 58.) Da die capitis diminutio nach l. 3. §. 1. D. cit. zum Theil in dem alten Scheinverkaufe seinen Grund hatte: so scheint die Wirkung mit der Ursache wegzufallen, denn bei der neueren Form der Emancipation tritt die Mancipation nicht mehr ein. Allein Justinian hat folgewidrig die Wirkung ohne die Ursache bestehen lassen. Nov. 81. c. 2. ist noch besonders gesagt, daß cap. dim. bei der Befreiung des Kindes aus der väterlichen Gewalt durch hohe Würden nicht eintrete. Wegen der Obligationsverhältnisse s. §. 1006.

Erbschaft durch die im Edict bei der bonorum possessio befolgte Gleichstellung des suus und emancipatus weniger schädlich [1]). Der Vater verliert durch die Emancipation den Nießbrauch des **peculii adventitii**, behält aber die andere Hälfte als praemium emancipationis, wozu es keines besondern Vorbehaltes bei der Emancipation bedarf [2]). Er erhält auch die Patronatsuccessionsrechte [3]); nach der jetzigen Intestaterbfolge jedoch ohne Erfolg; denn der Vater steht nach ihr als solcher stets der Verlassenschaft des Sohnes näher, denn als Patron. Nur wer das Kind wegen schlechter Behandlung gezwungen emancipirt, verliert alles Recht [4]). — Wenn der Emancipirte zur Zeit der Emancipation Kinder hat: so bleiben diese in der Gewalt des Emancipirenden, falls er sie nicht besonders aus derselben entläßt. — Wird ein Adoptivkind emancipirt, so hört fast alle Verbindung mit der Adoptivfamilie auf [5]); das Kind hat in Rücksicht der Erbschaft des Adoptivvaters nicht mehr das prätorische Erbrecht des emancipatus [6]), wenngleich es von jetzt an in Rücksicht des leiblichen Vaters als emancipatus gilt [7]), und der Vater hat nur noch ein sehr beschränktes Erbrecht [8]). — Die aufhebende Wirkung der capitis diminutio auf Obligationsverhältnisse und die deßfallsige Restitution s. §. 1006.

1) §. 11. I. de hered. quae ab int. (3. 1.)

2) §. 2. I. per quas person. cuique acquir. (2. 9.) l. 6. §. 3. C. de bonis quae lib. (6. 61.)

3) Schweppe Rechtsgesch. §. 488. l. 6. I. quib. mod. j. patr. p. solv. (1. 12) l. 1. pr. D. si a parente quis man. (37. 12.)

4) l. 5. D. si a par. quis manum.

5) l. 13. D. de adopt. (1. 7.)

6) §. 4. I. de exher. lib. (2. 13.) §. 11. I. de hered. quae ab int.

7) l. 6. §. 4. D. de B. P. c. tabb. (37 4)

8) Schweppe Rechtsgesch. a. a. O.

3. Wiederaufhebung der Emancipation.

§. 673.

Die Entlassung aus der väterlichen Gewalt kann sowohl durch Restitution, als zur Strafe des Kindes und durch Arrogation des Emancipirten eintreten. — Der Vater kann unbedenklich, wenn gute Gründe vorliegen, auf die Restitution seiner väterlichen Gewalt gegen den Emancipirten antragen; der Emancipirte aber gegen den Vater nur unter des Letztern Zustimmung, da man sonst gegen die Aeltern keine Restitution erwirken kann [1]). — Erlaubt sich der Emancipirte grobe Beleidigungen gegen den Vater: so kann dieser, sofern eine wirkliche Emancipation vorhergegangen und der Grund des Aufhörens der väterlichen Gewalt gewesen ist, den Sohn in dieselbe zurückziehen [2]). Andre Arten der Aufhebung dieser Gewalt sind nicht als Wohlthat des Vaters zu betrachten; und also nicht wegen Undankbarkeit des Sohnes anzufechten. — Adoptivkinder, welche einmal emancipirt sind, können vom Adoptivvater nicht wieder adoptirt werden; wohl aber leibliche [3]) Emancipirte. Bei einer solchen Arrogation wird das Kind wieder ganz in den Stand des leiblichen Kindes gesetzt und nicht als Adoptivkind betrachtet [4]), jedoch erhält dieser Readoptirte die Gewalt über seine eigenen, unterdessen in des Ascendenten Gewalt gebliebenen Kinder, falls dieser sterben sollte, nicht wieder [5]).

1) l. 2. C. qui et adv. quos (2. 42.)
2) l. un. C. de ingratis lib. (8. 50.)
3) l. 37. §. 1. D. de adopt. (1. 7.)
4) l. 23. pr. D. de liberis et postum. (28. 2.)
5) l. 41. D. de adopt. (1. 7.)

Drittes Hauptstück.

Von der Ehe.

§. 674.

Die Ehe [1] (conjugium, matrimonium, nuptiae) ist der nach den Vorschriften des Staates und deßwegen ausschließlich mit voller rechtlicher Wirkung eingegangene Vertrag [2], durch welchen die natürliche Geschlechtsverbindung eines Mannes und eines Frauenzimmers zu einer rechtlich anerkannten wird. Sie ist schon im ältesten Röm. Rechte monogamisch [3], indem sie jede gleichzeitige andere solche Verbindung des einen oder andern Theiles ausschließt. Sie kann nur auf beständige, lebenslängliche Dauer, nicht unter Beschränkung auf einen Zeitraum eingegangen werden [4]. Da alle menschliche Gesellschaft und insbesondre die des Staates von der Ehe ausgegangen ist und der bürgerliche Verein ohne die Heiligkeit derselben nicht wohl bestehen könnte: so ist die Ehe auch im Privatrechte ein ursprünglich von den Sitten und dann auch von der positiven Gesetzgebung sehr begünstigtes Institut. Sind die

1) Welchen moralisch edeln und philosophisch richtigen Begriff die Römer unter Rücksicht auf ihr positives Recht und dessen Geschichte mit der Ehe verbanden, zeigen l. 1. D. de ritu nuptiarum (23. 2.) „nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio. §. 1. I. de patr. pot. (1. 9.) l. 3. §. 1. fin. D. de don. int. V. et U. (24. 1) l. 4. C. de crim. expil. hered. (9.32.) Zimmern Rechtsgesch. Thl. 1. S. 483.

2) Wenn man nicht über Bedeutung eines Wortes sprachwidrig absprechen will, so kann man nicht leugnen, daß die Ehe ein Vertrag sey; denn es gehört Uebereinkunft des Willens dazu. Damit wird aber keineswegs gesagt, sie sey ein obligatorischer Vertrag.

3) l. 2. D. de incest. nupt. (5. 5.) c. 19. X. de spons. (4. 1.)

4) §. 1. I. de patr. pot. (1. 9.) l. 1. D. de rit. nupt. (23. 2.)

Gründe für oder gegen das Bestehen einer Ehe einander gleich: so ist für die Ehe zu sprechen [1]). Sie soll aus der affectio und dem animus maritalis hervorgehen, und damit ist unverträglich, daß man sich für die Ehe Etwas versprechen lasse [2]), oder Jemand durch Strafen zu deren Eingehung [3]) oder Fortsetzung [4]) nöthige. Streitigkeiten in der Ehe und über dieselbe können nur zum Vortheile dieser Verbindung, nicht zum Zwecke ihrer Auflösung, vergli-chen oder mittelst Compromisses beseitigt werden [5]). — Weichen Particularrechte vom gemeinen Rechte in Bezie-hung auf die mittelst der Ehe hervorgebrachten Vermögens-verhältnisse ab: so richtet man sich zunächst nach den Ver-abredungen, welche darüber unter den Ehegatten bei Ein-gehung der Ehe getroffen sind. Bestimmen diese aber nichts, so richtet man sich nach den Gesetzen des Ortes, woselbst die Eheleute bei Eingehung der Ehe ihr Domicil haben. Nachher können die Eheleute aber in diesen Ver-hältnissen bei Verlegung ihres Domicils an einen Ort, wo andere Localrechte gelten, allerdings eine Aenderung ein-treten lassen. Das Röm. Recht [6]) enthält insbesondre kei-nen Grund für die Behauptung, daß z. B. diejenigen, welche an einem Orte, wo gesetzliche Gütergemeinschaft gilt, sich verheirathet und sich damit derselben unterworfen haben, bei Verlegung ihres Domicils an einen Ort ohne

1) c. 26. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

2) l. 97. §. 2. D. de V. O. (45. 1.)

3) l. 71. §. 1. D. de cond. et demonstr. (35. 1.)

4) l. 19. D. de V. O. (45. 1.)

5) c. 11. X. de trans. (1. 36.) c. 9. X. de in int. rest. (1. 41.) J. H. Boehmer, Jus eccles. prot. lib. 1. tit. 36. §. 4.; lib. 4. tit. 1. §. 43. 45.

6) Man citirt l. 65. D. de jud. (5. 1.) Dieses Fragment be-hauptet bloß, daß es bei Rück-forderung der Dos nicht nothwen-dig auf den Ort, wo der Contract über deren Bestellung aufgesetzt worden, ankomme.

dieß gesetzliche Güterverhältniß, der bisher unter ihnen bestehenden Gütergemeinschaft nicht entsagen könnten. Es läßt sich nicht bezweifeln, daß, unter dem sich von selbst verstehenden Vorbehalt der Rechte jedes Dritten (welche als wohlerworbene durch eine neue Thatsache zwischen den Eheleuten nicht verletzt werden können) die stillschweigende Unterwerfung unter die gesetzliche Gütergemeinschaft, des frühern Domicils ebenfalls wieder durch stillschweigende schlußberechtigende Handlungen der Eheleute, also namentlich die Verlegung des Domicils an einen Ort ohne gesetzliche Gütergemeinschaft, aufgehoben werden müsse [1]). Die Gatten können diese Aenderung aber bloß auf die Folge wirkend, nicht als zurückwirkend vornehmen; die frühern Gläubiger der Ehegatten aus der Zeit des Domicils in dem Orte der gesetzlichen Gütergemeinschaft behalten mithin ihre wohlerworbenen Rechte, während ein erst nach der Ortsveränderung mit einem der Gatten in obligatorische Verhältnisse tretender Gläubiger sich nicht an das Gesammtvermögen beider Ehegatten halten kann. Diese Thatsache der Domicilveränderung hört aber schon auf, concludent zu seyn, wenn dagegen einseitiger Widerspruch der Frau vorgekommen ist, oder der Mann die Veränderung gegen deren Willen vorgenommen hat; in diesen Fällen muß das frühere Recht als beibehalten angesehen werden [2]). — Ein Analogon der Ehe, jedoch nicht eigentlich Ehe selbst, ist das matrimonium **putativum**, d. i. eine an sich nichtige Ehe, welche aber von beiden Gatten,

1) Spangenberg zu Struben R. Bed. Thl. 1. S. 87. 88. (zur alten Ausgabe Bd. 4. Bed. 70.) Wegen a. M. vgl. Pufendorf Tom. 2. obs. 121. §. 1. 2. Hagemann's prakt. Erört. Bd. 6. Nr. 24. v. Glück Pand. Bd. 25. §. 1241. S. 269 ff.

2) Kapf, Würtembergische Rechtssprüche. Thl. 1. Nr. 9. Vgl. Eichhorn deutsches Priv.-R. §. 305.

oder doch von dem einen für gültig gehalten wird [1]). Schon die Römischen Kaiser pflegten den Kindern aus solchen Ehen die Rechte ehelicher beizulegen [2]) und das kanonische Recht legt sie ihnen vollständig bei [3]). Der unschuldige Gatte wird auch, wenn er sofort nach Entdeckung des Irrthums die ehegleiche Verbindung aufgiebt, mit der Strafe wegen verbotener Ehe verschont [4]). Andre Folgen einer wirklichen Ehe hat das matrimonium putativum nicht [5]).

Vom kirchlichen Charakter des Ehevertrags [6]).

§. 675.

Nach dem Römischen Rechte ein bloß körperliches, leicht auflösliches Institut [7]), wurde die Ehe schon in den ersten Jahrhunderten des Christenthums ein wichtiger Gegenstand der Aufsicht der Kirche, welche bald eine disciplinarische Kirchensache daraus machte, bis endlich das kanonische Recht sie in den Kreis seiner äußern Gesetzgebung zog. Das katholische Glaubensbekenntniß knüpft den Begriff des Sacramentes und daher den Charakter der Unauflösbarkeit an die Ehe; wenngleich die Protestanten dieß verwerfen, ist doch in allen civilisirten Staaten die Ehe als ein zu wichtiges Band für die menschliche Gesellschaft betrachtet, als daß deren Trennung hätte leicht erlaubt wer-

1) J. H. Boehmer jus eccl. pr. lib. 4. tit. 17. §. 34—38.
2) l. 57. §. 1. D. de ritu nupt. (23. 2.) Westemberg, D. Marc. diss. 9.
3) c. 2. c. 14. X. qui filii sint leg. (4. 17.)
4) l. 38. §. 6. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.) l. 4. C. de incest. nupt. (5. 5.)
5) l. 58. D. de ritu nupt. (23. 2.) l. 67. D. de jur. dot. (23. 3.) l. 1. §. 4. D. pro dote. (41. 9.)
6) Eichhorn deutsch. Priv. R. §. 289.
7) Zimmern Röm. Rechtsgesch. Thl. 1. S. 561. §. 154. 155.

den können, — wobei allerdings auch in nicht katholischen Ländern Religionsbegriffe mitgewirkt haben. Daher sind einige Folgen des kanonischen Grundsatzes der Unauflösbarkeit der Ehe auch in der protestantischen Kirche beibehalten, ohne den Grundsatz selbst. — Bloß die Ehe unter den Nichtchristen, von denen bei uns fast immer nur die Bekenner des israelitischen Glaubens vorkommen, wird noch jetzt als rein bürgerlicher Vertrag behandelt [1]), und den besondern christkirchlichen Beschränkungen nicht unterworfen [2]), ohne darum an dem privat- und staatsrechtlichen Charakter der Ehe zu verlieren [3]). — Das Röm. Recht bestimmt nichts darüber, wie Eheleute, welche verschiedenen Glaubensbekenntnissen zugethan sind, beurtheilt werden müssen; doch folgt aus allgemeinen Grundsätzen, daß jeder Theil nach seiner Religionslehre zu beurtheilen sey, — wobei den Particulargesetzgebungen die Vereinigung kirchlich unvereinigbarer Ansichten zufällt. — Haben einige neuere Gesetzgebungen, mit Hintansetzung der kirchlichen Einschränkungen der Ehe, diese Vereinigung bloß aus rechtlichen Gesichtspuncten betrachtet: so folgt daraus noch nicht, daß die kirchliche Anerkennung der juristischen folgen müsse.

1) c. 7. X. de divort. (4. 19.) J. H. Boehmer j. eccl. p. 5, 6. §. 43.

2) Boehmer l. c. §. 42.

3) c. 15. X. qui filii sint leg. (4. 17.)

Erster Abschnitt.

Von den Rechten der Ehe.

Erste Abtheilung.

Von den Rechten in Rücksicht der persönlichen Verhältnisse der Ehe.

§. 676.

Die persönlichen Rechte der Ehegatten sind verschieden von den Vermögensrechten, welche aus der Ehe entspringen. Der Mann einerseits und die Frau anderseits haben, jeder für sich, gewisse Rechte, welche während der Ehe geltend gemacht werden können; wieder andre Befugnisse aber stehen beiden Gatten gemeinschaftlich zu. — Der Mann hat ein gesetzliches Vorrecht, das aus der alten häuslichen Herrschaft stammt, bei welcher die Frau in der Manus war [1]). Es ist im Röm. Rechte jedoch nicht genau bestimmt, wie weit das Uebergewicht des Ehemannes über den Willen des Weibes gehe, vielmehr ein so sehr auf dem Sittlichen beruhendes Verhältniß dem Gebrauche und Anstande größtentheils überlassen. Es steht aber fest, daß die Frau dem Manne Ehrerbietung, Gehorsam und häusliche Dienstleistungen schuldig ist; daß sie ihm stets nach seinem Wohnsitze folgen muß; daß er auf Herausgabe der Frau klagen kann; ihr vermuthlicher Stellvertreter vor Gericht ist und daß eine Injurie Dritter gegen die Frau zugleich Injurie gegen ihn ist. Bei der Ehrerbietung, welche die Frau dem Manne schuldig ist, sieht das Röm.

1) Welche jedoch irrig der potestas fast gleich gestellt wird, s. Zimmern Rechtsgesch. Thl. I. S. 827 ff. §. 226.

Recht ausdrücklich auf die gebräuchliche Sitte [1]), räumt aber von der andern Seite dem Manne durchaus kein Züchtigungsrecht gegen die Frau ein [2]), und entschuldiget Schläge nur dann, wenn die Frau sie vom Manne sich durch Handlungen zugezogen hat, welche gesetzlich als Scheidungsursachen anerkannt sind [3]). — Die Dienstleistungen, welche die Frau dem Manne schuldig ist, gehen zunächst auf Führung des Hauswesens (operae **obsequiales**), dann auf thätige Unterstützung des vom Manne betriebenen Geschäftes (operae **ministeriales**) [4]); aber sie gehen nicht auf Betreibung einer vom Gewerbe oder Geschäfte des Mannes unabhängigen eigenen Kunst [5]), (operae **artificiales**). Erlaubt der Ehemann der Frau, ihre eigene Kunst, z. B. als Putzmacherin, Hebamme, Schauspielerin, unabhängig von seinem Gewerbe [6]) zu betreiben: so muß er ihr auch den Gewinn davon nach gemeinem Rechte überlassen und kann diese Thätigkeit nicht als ihm gebührende Dienstleistungen betrachten. Wenn er ihr die unabhängige

1) Recepta reverentia, quae maritis exhibenda est, l. 14. §. 1. fin. D. solut. matr. (24. 3.)

2) Donell. comm. jur. civ. 13, 21. §. 00. Quid si uxor etc.; — s. aber unt. S. 112. Note 2.

3) l. 8. §. 2. C. de repud. (5. 17.) Nov. 117. c. 14.

4) In officio mariti esse debet, sagt l. 48. D. de operis libertor. (38. 1.) von der Frau. cf. l. 31. pr. D. de don. int. V. et U. (24. 1.)

5) v. Glück Pand. Bd. 24. S. 388 — 391.

6) Diese Unabhängigkeit wird sich nur nach den Umständen beurtheilen lassen. Z. B. die Frau eines Geburtshelfers, welche, um ihn zu unterstützen, Hebammengeschäfte zu dieser seiner Mithülfe verrichtet, und die Schauspielerfrau, welche, ohne selbst Rollen von Bedeutung zu übernehmen, dem Manne durch irgend eine untergeordnete Thätigkeit beim Theater hilft, können nur als operas **ministeriales** leistend angesehen werden; aber wenn die Hebamme auch ohne Rücksicht auf des Mannes ähnliches Geschäft ihrer Kunst nachgeht, und die Schauspielerfrau als eigentliche Schauspielerin bedeutende Rollen übernimmt, mithin auch ohne den Mann ihre Kunst fortsetzen kann: so sind dieß operae **artificiales**. v. Glück a. a. O. S. 389.

Thätigkeit nicht gestattet: so hat sie kein Recht zur Ausübung derselben. — Das Domicil des Mannes ist beständig auch das der Frau, dieß liegt in dem Begriffe der individua vitae consuetudo; bei jeder Wohnsitzveränderung des Mannes muß daher die Frau ihm folgen, selbst in die Verbannung oder wohin er wegen Verbrechens geschickt wird, wenn nicht Particularrechte [1]) dieß ändern oder wenn nicht Grund zur Ehescheidung vorliegt und von der Frau [2]) benutzt wird. Kann ein Gatte nicht wissen, wo der andre sich aufhält: so ist jener als böslich verlassen anzusehen. Hat sich der Mann bei Eingehung der Ehe oder auch nachher gegen irgend Jemand verpflichtet, einen bestimmten Wohnsitz zu wählen oder nicht zu verlassen: so verbindet ihn dieß Pactum nicht, das als schändlich und gegen die guten Sitten anstoßend angesehen wird [3]), denn jura libertatis können keinesfalls dergestalt beschränkt werden. — Der Mann kann die Frau von Jedem, der sie ihm vorenthält, selbst von dem Schwiegervater, in dessen Gewalt sie steht, zurückfordern [4]), eine Klage, welche, nach Analogie des Interdictes de liberis exhibendis, den Namen de uxore exhibenda ac ducenda hat [5]). — Vor Gericht ist der Mann zwar seiner Frau präsumtiver Anwalt, aber er muß wie ein anderer Stellvertreter, wenn er sich ohne ausdrückliche Ermächtigung befindet, Caution [6]) für ihre Genehmigung machen; es sey denn, daß er als

1) Es seyen Gesetze oder die constante Praxis eines Landes. Hierauf dürfte die Ansicht v. Glück's (Pand. Bd. 6. S. 279 — 287.) zu beschränken seyn.

2) l. 8. §. 2. C. de repud. (5. 17.)

3) l. 71. §. 2. D. de cond. et dim. (35. 1.)

4) l. 11. C. de nuptiis. (5. 4.) l. 1. §. 5. l. 2. D. de lib. exhib. (43 34.)

5) l. 2. D. cit.

6) l. 21. C. de procuratoribus (2. 13.): „cum solemni satisdatione et alia observatione.“

Verwalter ihm übertragener Paraphernalgüter handelte, in welchem Falle er bloß diese allgemeine Uebertragung der Administration nachzuweisen braucht [1]). — Daß der Mann wegen der seiner Frau angethanen Beleidigung Injurienklage [2]) erheben könne, s. §. 546. Thl. 3.

Die besondern persönlichen Rechte der Frau aus der Ehe gehen darauf: a) daß sie von ihrem Manne Schutz, namentlich auch Beistand in ihren Rechtsgeschäften fordern kann [3]), wiewohl sie in diesen keineswegs an die Person ihres Mannes gebunden ist [4]). b) Der Mann ist ihr, sie mag ihm Etwas oder Nichts eingebracht haben, standesmäßigen Unterhalt schuldig [5]); wie denn auch die Pflicht, die Frau beerdigen zu lassen, dem Manne mit Vorbehalt seiner Competenz obliegt [6]), sofern sie kein Vermögen hinterläßt. c) Sie kann ihr Domicil beim Ehemann verlangen, desgleichen dessen Gerichtsstand [7]), bei gleichem Religionsbekenntnisse dessen Parochialverhältnisse, und außerdem dessen Stand und Rang [8]). Auch behält sie alles dieß als Wittwe bis zur verändernden Wiederverheirathung [9]).

1) l. 11. in medio, C. de pactis convent. (5. 14.) Giphan. lection. Altorf. p. 93.

2) s. auch die folgende Note.

3) l. 2. D. de injur. (47. 10.): „defendi uxores a viris, non viros ab uxore aequum est.“ l. 21. C. de procur. (2. 13.)

4) l. 11. C. de pactis conv. (5. 14.)

5) l. 21. pr. D. de don. int. V. et U. (24. 1.) Das von Vielen der Frau zugestandene Recht, aus dem Vermögen des verstorbenen Mannes Trauerkleider und Alimente des Trauerjahrs zu fordern, hat keinen wissenschaftlichen Grund.

6) l. 28. de religios. (11. 7.)

7) l. 19. pr. D. de jurisdict. (2. 1.) l. 65. D. de judic. (5. 1.) l. 9. C. de incol. (10. 39.) Den Gerichtsstand des Ehemannes hat sie, selbst wenn sie sich bei ihm nicht aufhält.

8) l. 8. D. de senator. (1. 9.) l. 9. C. de incol. (30. 39.) Hierbei wird die Frau auch der etwanigen Verbindlichkeiten ihrer origo entbunden, so lange die Ehe dauert. l. 38. §. 3. D. ad munic. (50. 1.)

9) l. 22. §. 1. D. ad municip. (50. 1.) l. 10. C. de nupt. (5. 4.) Nov. 22. c. 36.

Gemeinschaftliche persönliche Rechte beider Ehegatten während der Ehe: a) Jeder muß dem andern eine vollkommene eheliche Treue [1]) halten. Der Begriff davon, worin diese Treue bestehe, und welche Handlungen nicht als Untreue angesehen werden können, ist rechtlich nur auf das Aeußerste der Untreue, nämlich den Beischlaf mit andern Personen festgesetzt. Selbst mit Einwilligung des einen Ehegatten darf der andre diese Untreue nicht begehen; denn dieser Ehebruch wird dadurch nicht entschuldigt, und jene Einwilligung enthält sogar das Verbrechen der Kuppelei [2]). b) Jeder muß dem andern die eheliche Vertraulichkeit des Beischlafs, welche daher eheliche Pflicht genannt wird, gestatten [3]); die Schranken der Gestattung sind rechtlich nicht festgesetzt, sondern den Umständen und guten Sitten überlassen, obwohl das kanonische Recht, mit seiner bekannten Indecenz, auch hier ins Einzelne gehet und die Zeit des Kindersäugens, der Schwangerschaft und der periodischen Kränklichkeit der Frau ausnehmen will [4]). c) Beide Gatten haben ein Recht auf gemeinschaftliches Beisammenleben und persönliche Unterstützung [5]) sowohl im gewöhnlichen Leben, als namentlich in Unglücksfällen, welche den einen von ihnen betreffen. Selbst wenn dergleichen Schicksale vor der Ehe ein Ehehinderniß gewesen seyn könnten, heben sie doch die bestehende Ehe nicht auf, sondern sind als ein gemeinschaftliches Unglück zu tragen [6]).

1) c. 4. 6. 11. X. de eo qui cognov. consang. (4. 13.) l. 13. §. 5. D. ad l. Jul. de adult. (48. 5.) c. 4. C. 32. qu. 4. P. G. O. Art. 120.

2) Schott, Eherecht §. 178. Tittmann, Hdb. des deutsch. peinlichen R. 3. Thl. §. 591. f.

3) c. 3. C. 32. qu. 2.; c. 5. C. 33. qu. 5. c. 24. X. de jurejur. (2. 24.)

4) Schott a. a. O. §. 178. Note **, c. 15. fin. C. 32. qu. 7.

5) §. 1. I. de patr. pot. (1. 9.)

6) l. 22. §. 7. D. solut. matr. (24. 3.)

d) Durch die Ehe bekommt der eine Gatte Affinität mit den Blutsverwandten des andern (s. oben §. 643.). — e) Wegen der aus der Ehe entspringenden gegenseitigen Ansprüche der Gatten auf Competenz s. §. 394. — f) Die Gatten sind sich eine wechselseitige Achtung schuldig, so daß sie gegen einander während der Ehe keine actio poenalis oder famosa [1]), also auch nicht die actio injuriarum anstellen können [2]). Alle andern Klagen aber und auch die auf die in diesem Paragraph abgehandelten persönlichen Rechte werden jetzt mittelst regelmäßiger Anrufung des Gerichts zu dessen Entscheidung gebracht [3]). g) Darüber daß kein Gatte gegen den andern vor Gericht ein Zeugniß abzulegen braucht, s. §. 610.

Zweite Abtheilung.

Von den Rechten der Ehe in Rücksicht des Vermögens.

I. Von den durch die Ehe veranlaßten Vermögensrechten überhaupt und von der dos im Allgemeinen.

§. 677.

Das Römische Recht geht von dem Grundsatze aus, daß durch die Ehe das Vermögen beider Gatten keineswegs vereiniget [4]) werde, und kennt die deutsche Einrich-

1) l. 2. C. rerum amot. (5. 21.) l. ult. §. ult. C. de furt. (6. 2.)

2) Weßwegen denn das Factum der Züchtigung weder von der einen oder andern Seite auf die gewöhnliche Weise vor den Richter kommen kann.

3) c. 23. C. 32. qu. 5. c. 13. X. de rest. spol. (2. 13.)

4) l. 8. C. de pact. conv. sup. dote. (5. 14.)

tung der Gütergemeinschaft gar nicht. Sind nun nach Röm. Rechte regelmäßig die Gatten in Rücksicht des Vermögens unter einander wie fremde Personen: so folgt, daß jeder von ihnen alleiniger Eigenthümer des in die Ehe Inferirten bleibt. Sobald aber factischer Zweifel entsteht, ob eine im Vermögen des Mannes oder der Frau befindliche Sache Jenem oder Dieser gehört: soll nach der Annahme der neuern Juristen die **praesumtio Muciana** [1]) gelten, oder der Satz, daß dem Manne dergleichen Zweifelhaftes gehöre. Allein die Vermuthung des Mucius bringt diesen Schluß nicht mit sich, sondern beschränkt sich lediglich auf Sachen (s. §. 699.), welche die Frau in der Ehe erworben hat. Im Falle jenes Zweifels wird also bloß nach den allgemeinen Grundsätzen über den Beweis entschieden werden müssen. — Der Erwerb während der Ehe bleibt ebenfalls jedem der erwerbenden Gatten abgesondert, so daß selbst was die Frau in der Ehe mit dem Gelde ihres Mannes sich erwirbt, ihr allein verbleibt [2]). Wenn also ein oder der andere Gatte ein Gewerbe treibt: so verdient er nur für sein eigenes Vermögen (s. §. 676.). Dagegen gehen auch die Schulden des einen Theiles den andern regelmäßig nicht an [3]) (s. §. 697.). Bei dieser Getrenntheit des Vermögens beider Gatten kommt es im gemeinen Rechte nur auf Abhandlung derjenigen Verhältnisse an, welche ausnahmsweise wirkliche Modificationen im Vermö-

1) l. 51. D. de don. int. V. et U. (24. 1.) Quintus Mucius ait: cum in controversiam venit, unde ad mulierem pervenerit: et verius et honestius est, quod non demonstratur, unde habeat, existimari a viro, aut qui in potestate ejus esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse. — l. 6. C. eodem. (5. 16.)

2) l. 29. §. 1. D. eod. (24. 1.) l. 6. C. si quis alteri vel sibi. (4. 50.)

3) l. 1. l. 2. l. 3. C. ne uxor pro mar. (4. 12.) l. 1. C. ad l. Jul. de vi. (9. 12.)

gensrechte der Gatten hervorbringen; und dieß sind: die dos, die donatio propter nuptias, die Paraphernen, die pacta dotalia, die ehegesellschaftlichen Erwerbungen und Schulden, das Verbot der Schenkung zwischen Gatten und die Eigenthümlichkeit der Entwendung unter ihnen.

Von der dos im Allgemeinen. Der Ausdruck dos [1]) wird im Deutschen nicht erschöpfend durch Brautschatz, Brautgabe, Aussteuer, Mitgift, Mitgabe [2]) übersetzt. Das Röm. Recht versteht unter dos alle Güter, welche von irgend Jemanden (der Frau selbst oder einem Andern) dem Manne zur Bestreitung der Lasten des Ehestandes, wegen der Frau [3]), d. i. in Rücksicht auf sie, gegeben worden sind [4]). Es tritt dabei die Bestimmung ein, daß während der Ehe das Eigenthum des Brautschatzes auf den Mann übergehet [5]), nach Beendigung derselben aber an die Frau oder deren Angehörige zurückfällt. Da jedoch der Zweck der Dos, zur Tragung der ehelichen Lasten zu dienen, durchaus [6]) wesentlich ist: so ist die selbst factisch schon geschehene Bestellung der Dos nichtig [7]), wenn nicht die Ehe folgt, und jedes Versprechen Jemandes, einen Brautschatz zu geben,

1) Auch res uxoria genannt. Tit. Cod. de rei uxoriae actione. (5. 13.)

2) Auch noch Heirathsgut, Ehesteuer, Ehegeld, Heimsteuer, Heirathspfennig. Unter Ausstattung pflegen nur die Mobilien der Frau, welche in der Dos enthalten sind, mit Ausschluß des Geldes und des fundus dotalis verstanden zu werden.

3) l. 14. §. 1. D. de fund. dot. (23. 5.)

4) l. 7. pr. l. 56. §. 1. l. 76. D. de jure dot. (23. 3.) l. 20. C. eod. (5. 12.)

5) l. 13. §. 2. D. de fundo dotal. (23. 5.)

6) l. 3 l. 76. D. de jure dot. (23. 3.) l. 21. §. 1. D. de don. i. V. et U. (24. 1.) l. 16. pr. D. de castrensi pecul. (49. 17.): „dos matrimonio cohaerens.“ l. 20. l. 29. C. de jure dot (5. 12) l. 20. pr. C. de donat. ante nupt. (5. 3.): „sine nuptiis nulla dos intelligetur.“

7) §. 12. I. de nupt. (1. 10.) l. 52. l. 58. D. de ritu nupt. (23. 2.) l. 1. §. 3. 4. D. pro dote. (41. 9.)

setzt stillschweigend die Bedingung voraus, daß der Fall der Ehe eintrete [1]), wozu die putative keineswegs hinreicht [2]). Bestellt werden kann die Dos aber ebensowohl vor, als in der Ehe [3]); auch erhöhen kann man sie noch in der Ehe (augmentum dotis) [4]). — Das Röm. Recht giebt dem Brautschatze nach gewissen Nebenumständen besondre Namen. Dos profectitia heißt der vom Vater oder (sofern der Vater todt seyn sollte) väterlichen Großvater (oder Namens derselben) der Frau gegebene Brautschatz; auch derjenige, welchen Jemand giebt, um jene Ascendenten der Frau von der Pflicht der Dotirung zu befreien [5]); auch derjenige, welcher nach richterlicher Bestimmung aus den Gütern des abwesenden Vaters der Tochter gegeben wird. Es kommt dabei auf das Bestehen der väterlichen Gewalt über die Tochter nicht an [6]). Jede dos, welche nicht profectitia ist, heißt adventitia [7]). Unter dos receptitia verstehen die Römer eine solche adventitia, welche, unter der Bedingung eines künftigen Rückfalles an den Geber, gegeben wird [8]). — Wegen des nach der Ansicht des Römischen Rechtes bei dem Brautschatze obwaltenden Interesse des Staates [9]) selbst, ist er gesetzlich sehr begünstigt [10]), namentlich soll im Zweifel für ihn entschieden [11]), d. i. für das Factum der Dotirung und die möglich größte Vermeh-

1) l. 4. §. 2. D. de pact. (2. 14.) l. 21. l. 68. D. de jur. dot. (23. 3.)

2) l. 67. D. eod. Doch hat die putative Ehe das privilegium exigendi für die Quasidos zur Folge, l. 22. §. 13. D. solut. matr. (24. 3.)

3) l. 20. pr. C. de don. ante nupt. (5. 3.)

4) l. 19. C. eod. Nov. 97. c. 2.

5) l. 5. D. de jur. dot. (23. 3.)

6) l. 5. §. 11. D. eod.

7) l. 6. D. de dot. collat. (37. 7.)

8) l. 31. §. 2. D. de mort. caus. don. (39. 6.)

9) l. 2. D. de jur. dot. (23. 3.)

10) c. 26. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

11) l. 70. D. de jur. dot. (23. 3.) l. 85. pr. D. de R. J. (50. 17.)

rung der Dos gesprochen werden. Indessen geht dieß nicht soweit, daß die Absicht, eine Sache dotal zu machen, vermuthet werden sollte, wiewohl in Rücksicht desjenigen, was die Frau gleich bei Eingehung der Ehe dem Manne [1]) zubringt, gewöhnlich auch der eigentlichen Aussteuer oder Ausstattung (**apparatus et instructus muliebris**) [2]) eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür streitet; indessen bleibt es immer eine nur aus den Umständen mit Gewißheit zu entscheidende thatsächliche Frage, was, und namentlich ob die Aussteuer, dotal oder paraphernal sey [3]).

A. Von Bestellung der Dos.

1. *Dos necessaria* [4]).

§. 678.

Einigen Personen ist gesetzlich vorgeschrieben, einem Frauenzimmer eine Dos zu geben; doch kann unstreitig der Berechtigte seinem deßfallsigen Anspruche gültig entsagen. Das Röm. Recht legt die Pflicht zu dotiren dem Vater (und zwar aus seinem Vermögen) auf, in Rücksicht seiner ehelichen und adoptirten Töchter [5]). Uneheliche Töchter oder deren Ehemänner können einen Brautschatz nicht verlangen [6]). Uebrigens hat die emancipirte Tochter die-

1) Pufendorf I, obs. 206. Vgl. Höpfner's Comm. §. 130. Note 4. v. Glück Pand. Bd. 25. §. 1237. 1238.

2) v. Glück a. a. O. Bd. 24. §. 1229. S. 434. Struben R. B. Thl. 1. Bed. 53. (Spangenberg's Ausg. I. Bed. 46. S. 63. Note *).

3) Mittermaier deutsches Privatrecht. §. 343.

4) Hombergk de obligatione patris ad constit. dot. n. promiss. Marb. 1770.

5) l. 19. D. de ritu nupt. (23 2.) l. 7 C. de sec. nupt. (5. 11.) l. 5. §. 13. D. de jure dot. (23. 3.)

6) l. 41. §. 11. D. de legat. III. (32.) l. 8. C. de natural. lib. (5. 27.) Nov. 89. c. 12. §. 3. Auch nicht in Gemäßheit des kanon. Rechts (c. 5 fin. X. de eo qui duxit in matr. (4. 7.)), da der Schluß von der Pflicht zur Alimentation auf die zur Dota-

selben Rechte gegen den Vater, wie die noch in der väterlichen Gewalt stehende [1]). — Ist der Vater übrigens zum Dotiren nicht vermögend, oder ist er todt, oder steht noch in der Gewalt des Großvaters der Tochter: so kann vom Letztern die Dotation verlangt werden, und so weiter, unter denselben Bedingungen, von den väterlichen ehelichen Ascendenten [2]). Die Mutter soll nur aus besondern Gründen [3]), die Tochter zu dotiren, verpflichtet seyn, nämlich theils im Nothfalle, wenn der Vater arm oder verstorben ist, auch aus einer andern Quelle eine Dos für die Tochter nicht erhalten werden kann, namentlich diese kein eigenes Vermögen hat und doch zu einer anständigen ehelichen Verbindung der Dos bedarf, — theils zur Strafe, wenn die Mutter eine Ketzerin [4]) (also in Deutschland zu einem in dem betreffenden einzelnen Territorium nicht geduldeten Religionsbekenntnisse gehörig), die Tochter aber eine orthodoxe Christin ist (zu einer in ihrem Lande geduldeten christlichen Confession sich hält). — Der Bruder hat eine Verpflichtung, seine Schwester zu dotiren, gar nicht, weder die halbbürtige vom Vater her, noch die vollbürtige [5]). — Die Frau selbst hat gegen den Mann keine Verpflichtung, ihm eine Dos zu geben [6]); hat sie dieß aber einmal gethan, so kann sie die gegebene nicht zu-

tion ohne alle wissenschaftliche Haltung ist. v. Glück Pand. Bd. 25. S. 62. 63.

1) l. 7. C. de dot. prom. Nov. 97. c. 5. v. Glück a. a. O. S. 63 — 69.

2) l. 6. D. de collat. (37. 6.)

3) l. 14. C. de jure dot. (5. 12.) — Dieß auf die mütterlichen Ascendenten auszudehnen, geben die Gesetze keine Veranlassung.

4) l. 19. §. 1. C. de haeret. (1. 5.)

5) Man will dieß arg. a contr. aus l. 12. §. 3. D. de admin. et peric. tut. (26. 7.) schließen. Vgl. übrigens Hasse Güterrecht der Ehegatten. §. 100. und Zimmern Rechtsg. Thl. 1. S. 581. Note 6.

6) l. 32. §. 2. D. de cond. ind. (12. 6.) l. 1. C. de dotis prom. (5. 11.) Hasse a. a. O. S. 363 — 373.

rückfordern. — Hat das Frauenzimmer selbst Vermögen: so findet die Verbindlichkeit der sonst zur Dotation Verpflichteten nicht Statt [1]); auch fällt sie weg, wenn die Tochter ohne Genehmigung des Vaters in den Fällen, in denen diese erforderlich ist und aus gerechten Gründen verweigert wurde, sich verheirathet hat [2]). Eingehung der Ehe vor Einforderung der Dos befreiet den Dotationspflichtigen, da Verzichtung nicht vermuthet und ein anderer Grund für die entgegengesetzte Meinung nicht vorhanden ist, nicht von der Entrichtung [3]). Eben so wenig hebt ein Vergehen der Tochter, sollte es auch zu deren Enterbung genügen, jene Verpflichtung auf, da die Gesetze nichts davon sagen. Ist die Dos ohne Eviction verloren gegangen, so braucht der Dotationspflichtige nicht zu redotiren [4]) (über den Fall der Eviction der dos necessaria s. §. 680.). — Wird darüber gestritten, ob ein Mehreres vom Dotirenden müsse geleistet, oder ob nur eine geringere Dos von dem Berechtigten dürfe gefordert werden: so tritt die vernünftige Entscheidung des Richters nach den Umständen (arbitrium judicis) ein, und diese Umstände sind das Vermögen des Dotirenden, die Zahl seiner Kinder, sein Stand und der des Schwiegersohnes [5]). Hat der Vater die Dos seiner Tochter zurückerhalten und dotirt sie in deren zweiter Ehe aufs Neue: so muß er dieselbe Größe der Mitgift bestehen lassen und darf sie nur im Falle erlitte-

1) l. 5. §. 7. D. de agnosc. v. alend. lib. (25. 3) giebt eine Analogie. l. 7. C. eod. Hat aber der Vater ꝛc. dennoch in diesem Falle eine Dos bestellt oder versprochen: so wird vermuthet, er habe sie aus seinem eigenen Vermögen gegeben, oder geben wollen.

2) l. 7. C. de nupt. (5. 4.), auch arg. l. 19. D. de ritu nupt. (23. 2.)

3) v. Glück a. a. O. S. 77.

4) Zimmern im Arch. für civ. Praxis. Thl. 2. Nr. 15. v. Glück Pand. Bd. 25. S. 90—94.

5) l. 60. l. 69. §. 4. 5. D. de jure dot. (23. 3.) l. 43. D. de legat. III. (32.)

ner Unglücksfälle, die sein Vermögen verkleinert haben, verringern [1]).

2. *Dos voluntaria.*

§. 679.

Außer dem Vermächtnisse eines Heirathsguts im Testamente [2]) entsteht es durch einen willkürlich eingegangenen Vertrag (promissio dotis nach dem Promittenten genannt), der theils in den Fällen und bei den Personen eintreten kann, denen dos necessaria fremd ist, theils auch in den Verhältnissen der letztern nicht ohne Nutzen ist. Denn wenn ein Dotationsverpflichteter in Concurs geräth, ehe er die Dos gegeben: so fällt seine Verbindlichkeit ganz weg; hat er sie zu geben aber auch versprochen: so haftet sein Vermögen dafür, wie für andre Schulden [3]). — Soll promissio dotis überhaupt verbindlich seyn: so muß sie, immer unter Voraussetzung [4]) des wirklichen Eintritts der Ehe, auf [5]) ein bestimmtes Quantum oder specielle Sachen gehen, welchem jedoch die Zusage auf eine Leistung nach dem billigen Ermessen der Umstände oder auf boni viri arbitrium gleichstehet [6]). Wenn jedoch der Vater die Größe der Dos auch noch so unbestimmt versprochen hat: so soll er dennoch aus dem Vertrage verpflichtet [7]) seyn, weil er auch schon gesetzlich haftet. — Im ältern Röm. Rechte wurde die dos entweder durch Rechtsübertragung gegeben, oder durch Stipulation oder durch dotis

1) Nov. 97. c. 5.
2) Vom legatum dotis s. §. 924.
3) Pufendorf T. I. obs. 66
4) l. 4. §. 2. D. de pactis. (2. 14.)
5) l. 1. C. de dot. prom. (5. 11.)
6) l. 3. C. eod.
7) l. 69. §. 4. D. de jure dot. (23. 3.) Duaren. disp. ann. lib. 1. c. 56. Averan. int. lib. 4. c. 15. Nr. 8. 9.

dictio versprochen [1]); bei uns reicht ein einfaches Pactum hin, — aber keine einseitige Pollicitation [2]). — Zur Form der Dotation gehört nie Insinuation derselben bei Gericht, wenngleich die Dos über 500 Solidi werth seyn sollte; denn von Seiten des Ehemanns als Empfängers der Mitgift ist sie nie eine Schenkung [3]). — Die Klage aus dem Pactum der Bestellung einer Dos kommt nur dem Mitcontrahenten, nicht einem Dritten zu Gute. Ist über die Zeit, zu welcher der Promittent die Mitgift auszahlen soll, nichts verabredet: so wird der Zeitpunct der vollzogenen Ehe als stillschweigend verabredet angenommen; denn vorher kann der Mann im Allgemeinen keine dos verlangen, da früher Lasten der Ehe nicht zu tragen sind; und länger braucht er nicht zu warten [4]). Ist die Uebergabe der Mitgift über einen verabredeten Zahlungstag hinaus verspätet: so muß der Promittent von diesem an Früchte und Zinsen erstatten, weil er in Mora ist. Ist jedoch ein Zahlungstag nicht verabredet, so muß Mahnung vorhergehen, ehe man Früchte und Zinsen fordern kann. Wenn aber eine ohne verabredeten Zahlungstag versprochene Dos zwei Jahre nach geschlossener Ehe nicht entrichtet worden ist: so bedarf es keiner Mahnung, sondern der Promittent muß vom Verlaufe des zweiten Jahres an Zinsen zu vier Procent bezah-

1) Zimmern Rechtsgesch. Thl. 1. §. 158. l. 6. C. de dot. prom. (5. 11.)

2) Die Rubrik des Tit. Cod. 5. 11. „de dotis promissione et nuda pollicitatione“, so wie die l. 6. C. eod. mit den Worten: „etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta“ macht gegen den allgemeinen Grundsatz, daß es zur Gültigkeit des Vertrags der Acceptation bedürfe, nichts aus. Pollicitatio bedeutet übrigens manchmal einen nackten Vertrag. l. 5. C. de contrah. et comm. stip. (8. 38.) Galvan. de usufr. c. 15. §. 2—6.

3) l. 31. pr. C. de jur. dot. (5. 12.) Hasse a. a. O. §. 110 — 117.

4) l. 4. §. 2. D. de pactis. (2. 14.) l. 21. D. de jur. dot. (23. 3.)

len, und selbst von den Fungibilien, sofern diese taxirt sind [1]). — Es mag als etwas den allgemeinen Grundsätzen Gemäßes angemerkt werden, daß, wenn der Vater zum Zwecke der Verheirathung seiner Tochter eine Mitgift ohne nähere Bestimmung verspricht, angenommen werden soll, er habe aus seinem, nicht aus dem Vermögen der Tochter versprochen [2]); jedoch sonderbar ist die Bestimmung Justinian's, daß die Erklärung des Vaters, die Dotation sey theilweise aus seinem, theilweise aus der Tochter Vermögen erfolgt, jedenfalls in dieser Bedeutung nicht gelten, sondern, sofern der Vater das Vermögen zum Dotiren hatte, dahin gedeutet werden soll, er habe die Dos ganz aus seinen Gütern gegeben, sofern er aber es nicht hatte, dahin, er habe sie ganz aus den Gütern der Tochter geleistet [3]). — Wegen der Eviction der dos voluntaria siehe den folgenden Paragraphen.

3. Gemeinschaftliche Bestimmungen.

§. 680.

Gegenstand der Mitgift können alle übertragbaren Vermögenstheile seyn; nicht bloß eigene Sachen des Dotirenden, sondern auch fremde [4]). Das ganze Vermögen der Frau kann ebenfalls zur Dos gegeben werden [5]); wobei jedoch die Schulden nicht auf den Mann übergehen,

1) l. 31. §. 2. C. eod. (5. 12.)

2) l. 7. C de dot. prom. (5. 11.) Pufendorf Tom. 3. obs. 150.

3) l. 7. C. eod. Wenngleich dieß in der Nov. Leon. 21. wieder aufgehoben ist, so hat diese doch keine praktische Gültigkeit, sondern es kann bei uns nur auf Justinians Verordnung ankommen. v. Glück Pand. Bd. 25. §. 1231. S. 70 — 76. Zimmern Rechtsgesch. Thl. 1. S. 581.

4) l. 11. D. solut. matr. (24. 3.) l. 1. pr. §. 3. D. pro dote. (41. 9.) l. un. C. eod. (7. 28.)

5) l. 4. C. de dotis prom. (5. 11.)

die Gläubiger der Frau sich vielmehr allein an diese halten können, welche dann das zur Befriedigung Nöthige vom Manne zurückzufordern das Recht hat [1]). — Werden Forderungen zur Mitgift gegeben: so müssen die des Gebers an Dritte dem Manne cedirt werden; die des Gebers an den Ehemann selbst werden zum Zwecke der Dos erlassen, können aber nach beendigter Ehe mit der Dotalklage wieder gefordert werden, erlöschen also nicht auf immer [2]). — Von dem Falle, daß ein Nießbrauch Jemanden zur Dos gegeben ist, s. unten [3]). — Die Ablieferung der dos selbst geschieht nicht an die Frau, sondern an den Ehemann [4]), und nach Verschiedenheit des Gegenstandes auf verschiedene Weise. Körperliche Sachen, die nicht fungibel sind, werden in Folge der Dotationsbestellung tradirt. Ohne Tradition würden sie nicht in das Eigenthum des Mannes kommen [5]). Dotale Capitale und Fungibilien andrer Art müssen demselben in Natur (baar) ausgeliefert werden, wenn die Frau selbst sie hergiebt; ist ein Andrer der Dotirende: so gilt Contrahirung einer Dotalforderung eben so viel, wie wirkliche Auszahlung [6]). Statt Cession der Forderungen des Dotirenden tritt oft auch Delegation ein (s. §. 633.). Ist eine Forderung zur Mitgift gegeben, so soll sogar auch ohne Cession oder Delegation eine actio utilis von Seiten des Ehemannes gegen den Schuldner

1) l. 72. pr. D. de jure dot. (23. 3.)

2) l. 12. §. 2 l. 44. §. 1. l. 58. §. 1. D. eod.

3) §. 691.

4) Ist der Ehemann noch Hausfohn, so wird die ihm gegebene dos ein peculium adventitium; verlangt sie dann der Vater statt des Hausfohnes, so erhält sie Jener, und sie kommt erst nach beendigter väterlichen Gewalt in die Hände des fil.-fam. l. 57. D. de jure dot. (23. 3.) l. 3. §. 4. D. de collat. (37. 6.) l. 2 C. fam. herc. (3. 36.) l. 31. §. 3. l. 38. D. solut. matr. (24. 3.)

5) l. 13. §. 2. D. de fundo dot. (23. 5.)

6) l. 35. de jure dot. (23. 3.)

gültig seyn [1]). Statt der Acceptilation des Dotirenden, welche im Röm. Rechte nöthig war [2]), wenn der Mann seine eigene Schuld zur Dos erhielt, reicht jetzt die bloße Erklärung des Gläubigers hin, daß er die Forderung zur Mitgift geben wolle. — Die Dotalklage ist eigentlich condictio ex lege, gegen den Vater ex lege ultima Codicis de dotis promissione, für die Fälle, in denen die gesetzliche Verbindlichkeit zur Dotation gilt [3]), und actio ex stipulatu (jedoch hierbei als actio bonae fidei anzusehen) da, wo die Dos aus einem Versprechen stammt. Mit dem letztern Rechtsmittel concurrirt die hypothekarische Klage gegen das Vermögen des Versprechenden (s. §. 348. Thl. 2. S. 293.). Die Dotalklagen können selbst dann noch angestellt werden, wenn die Ehe schon wieder getrennt seyn sollte, ohne daß die Dos entrichtet ist; und zwar gegen den Promittenten jedenfalls [4]), gegen den gesetzlich zur Dotation Verpflichteten aber nur, sofern dieser sich in mora solvendi befindet. Ist bei einem solchen Verpflichteten mora, auf welche sich folglich der Klagantrag stützen darf, nicht vorhanden: so kann nach Trennung der Ehe zu Beitreibung der Mitgift nicht mehr vom Manne geklagt werden, denn die onera matrimonii haben alsdann aufgehört. Uebrigens kann die Anstellung der Klage auf die Dos nach schon wieder getrennter Ehe aus mehreren Gründen für den Mann von Wichtigkeit seyn, z. B. weil er sie Dritten, die ihn deßhalb in Anspruch nehmen, herausgeben muß, in welchem Falle er sich durch Cession der Klage allerdings

1) l. 2. C. de O. et A. (4. 10.)

2) l. 41 §. 2. l. 43. pr. D. de jure dot. (23. 3.)

3) Auch bei der dos, welche wegen Verführung gegeben werden muß, s. unten §. 728., tritt die condictio ex lege ein, dann auch actio stupri genannt.

4) l. 84. D. de jur. dot. (23. 3) l. 41. l. 44. §. 1. D. solut. matr. (24. 3.)

auch von diesem Anspruche befreien kann [1]). — Wird eine getrennte Ehe wieder erneuet, ehe es zur Herausgabe der Dos kommt: so nimmt das Röm. Recht diese vorige Dos ebenfalls als wieder erneuet an, sogar dann, wenn in der Zwischenzeit die Frau in einer andern Ehe gelebt haben sollte [2]). Bei einer dos receptitia [3]) findet eine solche Erneuerung jedoch, ohne Einwilligung des Gebers, welcher sich den Rückfall ausbedungen, nicht Statt. — Das beneficium competentiæ gegen die völlige Entrichtung der Dos kommt (s. §. 394.) der Frau und deren Aeltern (Letztren aber nur während der Ehe der Tochter mit dem Schwiegersohne, weil er nachher nicht mehr Schwiegersohn ist) allerdings zu, nicht aber dem dritten Promittenten einer Dos, weil er in Rücksicht des Mannes nicht als Schenker betrachtet werden kann [4]), und er nicht wie Schwiegerältern und Ehefrau persönlich auf das beneficium competentiæ Anspruch machen kann. Bei einem augmentum dotis, der Vermehrung der Dos von Seiten des Dotirenden während der Ehe, treten, jedoch erst vom Augenblicke [5]) der Vermehrung, ebenfalls alle Dotalrechte [6]) ein. — Auch kann noch nach Bestellung der Dos eine Umwandlung [7]) derselben erfolgen, indem ausgemacht wird, daß der Mann für eine Dotalsache eine bestimmte Summe [8]) sich als Mitgift anrechnen lassen soll. Verkauft er

1) l. 44. §. 1. cit.
2) l. 30. l. 40. l. 64. D. de jure dot. (23. 3.) l. 19. l. 66. §. 5. D. solut. matr. (24. 3.)
3) l. 63. D. de jure dot. (23. 3.) l. 29. §. 1. D. de pact. dot. (23. 4.) l. 42. §. 3. D. soluto matrim. (24. 3.)
4) l. 84. D. de jure dot. (23. 3.) l. 17. pr. §. 1. D. solut. matrim. (24. 3.) l. 21. l. 22. D. de re jud. (42. 1.)
5) l. 19. C. de don. ante nupt. (5. 3.)
6) l. un. §. 4. C. de rei ux. act. (5. 13.) Nov. 97. c. 3.
7) l. 26. D. de jure dot. (23. 3.)
8) l. 25. D. eod.

mit Zustimmung der Frau eine Dotalsache [1]): so soll der Kaufpreis von selbst dotal werden [2]); wie umgekehrt auch die Sachen die Dotalqualität erhalten [3]), welche er mit Zuziehung der Frau für Dotalgelder angeschafft hat. Dagegen kann die Frau Erwerbungen, welche ohne ihren Beitritt mit Dotalgeldern gemacht sind, nicht als Dotalsachen in Anspruch nehmen [4]); wiewohl sie, wenn die Gläubiger des Mannes sie aus dessen ganzer Masse nicht abfinden wollen, eine abgesonderte Befriedigung aus jenen mit Dotalgeldern gekauften Sachen zu verlangen befugt ist [5]). — Eine wichtige Frage ist: Kann der Ehemann, wenn ihm eine Sache zur Dos gegeben und evincirt ist, Evictionsleistung (vgl. §. 436 — 438.) verlangen. Wenngleich es Ehen ohne Heirathsgut giebt, dieses mithin als ein außerordentlicher Vortheil scheint angesehen werden zu müssen; so trägt doch der Mann dagegen die onera matrimonii und muß die Dos auch regelmäßig späterhin herausgeben: folglich kann ihre Erwerbung keineswegs als eine rein lucrative angesehen werden, wenngleich der Charakter des onerosen Geschäftes darauf ebenfalls nicht genau paßt [6]). Indessen ist das Lucrative der Erwerbung der Dotalgüter für den Mann wenigstens in soweit überwiegend, als aus diesem Verhältnisse der allgemeine Grundsatz im Röm. Rechte hervorgegangen ist, der Mann könne Evictionsleistung bei entwährter Dotalsache nicht verlan-

1) Wegen des fundus dotalis siehe jedoch §. 681.

2) l. 32. D. eod.

3) l. 27. D. eod. v. Glück Pand. Bd. 8. §. 585. S. 167. f.

4) l. 12. C. eod. (5. 12.) l. 54. D eod. Noodt ad Pand. 23, 3. v. Glück Pand. Bd. 8. §. 585. S. 169. f. v. Löhr Magaz. IV. 5. S. 76.

5) l. 22. §. 13. D. solut. matr. (24. 3.) conf. l 12. C. qui pot. in pign. (8. 18.)

6) Cujac obs. Lib. 25. c. 25. v. Glück Pand. Bd. 20. S. 202 — 205.

gen [1]), wenn zu dieser Befugniß nicht besondre Gründe vorliegen. Und diese sind: a) wenn ein Dolus des Gebers eingetreten, also von demselben eine der Eviction unterworfene Sache, welche er als solche kannte, wissentlich dem Manne zur Dos gegeben worden ist. Hier hat der Letztere die actio de dolo gegen den Geber, oder wenn es eine Person ist, die mit einer ehrenrührigen Klage nicht belangt werden darf, die actio in factum [2]). b) Wird die Dos åstimirt und, als zu einem gewissen Preise veranschlagt, vom Ehemann angenommen: so hat er sie gleichsam gekauft und die Eviction muß ganz wie beim Kaufe prästirt werden [3]). c) Wird die Brautgabe vor der Ablieferung versprochen und das Versprechen acceptirt [4]): so entsteht eine Forderung des Ehemanns gegen den Promittenten, welche in der That unerfüllt bleiben würde, wenn die Dos entwährt wird [5]), folglich muß die Eviction prästirt werden. Abgesehen von geschichtlichen Gründen, welche der Interpretation der classischen Stelle [6]) zur Seite stehen, liegt in dem Unterschiede zwischen der Dotation mittelst vorhergehenden Versprechens und der mittelst

1) l. 71. D. de eviction. (21. 2.) l. 69. §. 7. D. de jure dot. (23. 3.) l. 1. C. eod. (5. 12.): „sin vero hoc non est factum, si quidem bona fide eodem res in dotem data est, nulla marito competit actio.“

2) l. 34. l. 69. §. 7. D. eod. l. 98. pr. D. de solution. (46. 3.) l. 1. C. de jure dot.

3) l. 1. C. cit. l. 16. D. de jure dot. (23 3.) l. 52. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.)

4) l. 1. C. cit.: „si pollicitatio vel promissio fuerit interposita.“ v. Glück Pand. Bd. 20. S. 197. ff. Bd. 25. S. 78. ff.

5) Pothier Pand. Justin. T. 2. lib. 23. tit. 3. Nr. 43. bemerkt richtig, daß der Versprecher einer dos durch Zahlung einer fremden Sache sich von seiner Verbindlichkeit nicht liberiren kann. Vgl. über diese Lehre Thibaut civ. Abhandl. S. 56. ff. Archiv für civ. Praxis. Bd. 2. Nr. 15. (von Zimmern); zum Theil widerlegt in v. Glück Pand. Bd. 25. S. 197. ff. und Thibaut Pand.-System. 7te Aufl. §. 450.

6) l. 1. C. cit. v. Glück a. a. O. Bd. 20. u. 25.

sofortiger datio dotis auch die Verschiedenheit wegen des Anspruches auf Evictionsleistung von selbst. Wer eine Dos verspricht, muß, wenn das Versprechen durch Annahme ein Pactum geworden ist, seine vertragsmäßige Obligation erfüllen; diese erfüllt er aber keineswegs, wenn er eine Sache abliefert, welche dem Bräutigam oder Ehemanne evincirt wird. Wer dagegen zum Zwecke eines Heirathsgutes eine Sache ohne vorhergehendes Versprechen dem Ehemanne oder Bräutigam abliefert, giebt bloß sein etwaniges Recht, wie es eben beschaffen seyn mag, an dieser Sache auf, und überträgt es auf den Empfänger. Er steht dabei für nichts ein, denn er hat das Eigenthum der Sache dem Empfänger keineswegs zu leisten sich verpflichtet; vielmehr hat er ihm den Gegenstand genau in derselben rechtlichen Lage übermittelt, in welcher er diesen bisher innehatte. Ein Mehreres hat der Empfänger nicht versichert bekommen, kann mithin im Falle der Entwährung nichts weiter verlangen; denn dem Geber würde sie auch entwährt seyn, und der neue Innehaber ist bloß in die Stelle des vorigen Innehabers durch die Uebertragung getreten. Hatte jedoch der Geber Evictionsansprüche an einen Dritten: so wird sich derselben utiliter jetzt auch der Ehemann bedienen können. d) Wenn die dos eine necessaria ist, kann zwar von einem Anspruch auf Evictionsleistung im Allgemeinen nicht geredet werden. Wenn aber der Dotirungspflichtige auch eine promissio gab und folglich auch aus dieser haftet: so muß er Eviction prästiren [1]). Sollte indessen so wenig von der dos entwährt seyn, daß das Uebriggebliebene nach vernünftiger Erwägung der Vermögensumstände und des Standes beider

1) v. Glück Pand. Bd. 25. S. 80 — 90.

Theile noch für eine genügende Mitgift zu halten ist: so kann die Redotation zum Ersatz des kleinen Verlustes nicht gefordert werden, sofern nicht die promissio gerade auf die einzelne entwährte Sache gerichtet gewesen. — Hat der Dotirungspflichtige die dos nicht versprochen, sondern einfach als necessaria gegeben: so ist er zur Redotation in keinem Falle verbunden [1]).

B. Von den Rechten an der Dos während der Ehe.

1. Von denen des Mannes.

§. 681.

Der Mann [2]) wird für die Dauer der Ehe Eigenthümer der Mitgift [3]), aber seine Dispositionsbefugniß ist verschieden, je nachdem er Capitale, oder Fungibilien, oder bewegliche Nichtfungibilien zur Dos empfangen hat, unter welchen letztern Grundstücke noch besonders rechtlich ausgezeichnet sind. Sind ihm ausstehende Capitale oder andre Forderungen dazu angewiesen: so darf er sie (was ihm sogar bei den seiner Administration überwiesenen Paraphernen frei stehet) kündigen und einziehen. Für den Zufall steht er bei diesem Dotalgegenstande nicht ein, sondern nur für jede Fahrlässigkeit [4]). Jedoch enthält es genü-

1) Zimmern im Archiv f. civ. Praxis a. a. O. v. Glück Pand. Bd. 25. S. 90 ff.

2) Eben so der Vater, in dessen Gewalt der Ehemann steht. l. 72. §. 1. de jure dot. (23. 3.) l. 10. C. solut. matr. (5. 18.) Beim Tode des Vaters erhält der Ehemann die dos seiner Frau zum Voraus, wenn er Miterben hat; muß diesen aber Caution machen, falls die dos nochmals von ihnen gefordert werden sollte, l. 20. §. 2. l. 46. l. 51. pr. D. fam. hercisc. (10. 2.) l. un. §. 10 Cod. de rei uxor. act. (5. 13.)

3) Desgleichen erlangt er den Besitz und kann pro dote usucapiren, l. un. C. de usuc. pro dote. (7. 28.) — pr. I. quib. al. lic. (2. 8.) l. 13. §. 2. D. de fundo dot. (23. 5.) v. Löhr Magaz. IV. 5.

4) l. 49. D. de jure dot. (23. 3) l. 49. pr. D. solut. ma-

gende Entschuldigung für ihn, wenn er gegen den Schwiegervater, oder die Frau, oder einen dritten Schenker nachsichtig gewesen ist und dadurch an der Dos verloren hat [1]). Sind dem Manne Fungibilien zum Heirathsgute gegeben: so wird er unumschränkter Eigenthümer derselben mit vollkommensten Dispositionsrechten, trägt mithin selbst den Zufall, und ist zur Zeit der Rückgabe der Dos an den Rückforderungsberechtigten der Schuldner desselben für Maß, Zahl, Gewicht und Qualität der empfangenen Fungibilien [2]), aber keineswegs für deren Geldäquivalent bei einer nicht ästimirten, d. i. für käuflich überlassenen Mitgift. — Der Unterschied zwischen ästimirter und nicht ästimirter Dos tritt insbesondre bei Nichtfungibilien hervor, mit denen dotirt ist. Im Falle der Ueberlassung mit Schätzung (sub ästimatione venditionis causa) wird der Ehemann freier Eigenthümer des Ueberlassenen und bekommt also die volle Disposition über die Substanz der Sachen; ist aber daneben nach Beendigung der Ehe Schuldner des ästimirten Betrags. Er trägt folglich dann auch den Zufall, welcher die Sachen trifft [3]). — Sind die ihm mitgegebenen Nichtfungibilien aber nicht nach taxirtem Preise ihm ausgehändigt: so wird er nur auf die Zeit der Ehe Eigenthümer derselben, weil er nach deren Trennung dieselben Einzeldinge wieder herausgeben muß [4]), und hat bis dahin alle Fahrlässigkeitsfolgen zu ersetzen und diligentiam quam suis zu prästiren [5]). Zu bemerken ist da-

trim. (24. 3.) — Hasse, Culpa des R. R. Cap. 12. S. 555 — 599.

1) v. Glück Pand. Bd. 25. §. 1235.

2) l. 42. D. de jure dot. (23. 3.)

3) l. 5. l. 10. C. de jure dot. (5. 12.) l. un. §. 9 fin. C. de rei uxor. act. (5. 13.)

4) pr. I. quib. alien. lic. (2. 8.) l. 13. §. 2. D. de fund. dot. (23. 5.) l. 23. C. de jure dot. (5 12.) l. 7. C. de servo pign. dat (7 8.)

5) Hasse Culpa. S. 561. f.

bei: A) Der Mann zieht alle Früchte von den nichtfungibeln Dotalsachen, als wenn er Eigenthümer [1]) wäre (nicht unter den Beschränkungen des Nutznießers, s. §. 293—296.), also auch die Benutzung der Steinbrüche und Bergwerke, wenngleich diese erschöpft würden [2]). Er trägt dagegen alle Lasten und Steuern, welche auf den Gegenständen ruhen, ohne Ersatz fordern zu können [3]). — B) Dem Manne kommt der Besitz und die Verwaltung dieser Dotalgüter in dem Maße zu, daß er alle Klagen zum Besten derselben vornehmen darf, sogar gegen die Frau [4]); auch daß er mittelst eines Dotalgrundstückes von einer zu leistenden Caution eben so gut befreiet wird, als wenn es sein eigenes wäre [5]). Daneben liegt dem Manne jedoch die Pflicht ob, die Sachen gehörig zu erhalten, wie ein Nutznießer, ohne seine Verwendungen wiederverlangen zu dürfen [6]). Es gehört dieß zu der pflichtmäßigen Administration einer demnächst wieder abzuliefernden Sache. Er muß daher die Heerden, Waldungen, Gärten u. dgl. durch Nachzucht und kunstmäßige Nachpflanzung oder Behandlung in ihrem Werthe zu erhalten [7]) suchen (**supplere proprietatem**). Treten eigentliche Accessionen ein, welche

1) l. 7. pr. l. 10. §. 3. D. de jure dot. (23. 3.) l. 20. C. eod. (5. 12.) l. un. §. 9. C. de rei ux. act. (5. 13.) l. 7. §. 14. D. solut. matr. (24. 3.)

2) Vgl. v. Glück Pand. Bd. 25. S. 111 ff. l. 32. D. de jur. dot. (23. 3.) l. 7. §. 13. D. sol. matr. (24. 3.) l. 18. pr. D. de fundo dot. (24. 3.), besonders wegen Marmorbrüche, über welche eigene Bestimmungen gelten. Als Finder bekommt der Mann von gefundenem Schatze die Hälfte, die andere Hälfte gehört der Frau, als accessio dotis. l. 7. §. 12. D. solut. matr. (24. 3.)

3) l. 13. D. de imp. in res dot. fact. (25. 1.)

4) l. 24. D. rer. amot. (25. 2.) l. 49. §. 1. D. de furtis. (47. 2.) l. 11. C. de jure dot. (5. 12.)

5) l. 15. pr. §. 3. D. qui satisdare cog. (2. 8.)

6) l. 12. l. 15. D. de imp. in res dot. fact. (5. 1.)

7) l. 10. §. 3. D. de jure dot. (23. 3.)

keine Früchte sind: so gehören sie nicht dem Manne; er kann sie nur, wie die ganze dos, während der Ehe benutzen, muß sie aber mit dem ganzen Heirathsgute demnächst zurückgeben [1]). — C) In Betreff der Veräußerung der Nichtfungibilien unterscheiden sich die beweglichen von den unbeweglichen wesentlich. Bewegliche darf der Mann allerdings veräußern; denn obgleich er eigentlich zur demnächstigen Restitution der Einzeldinge verbunden ist, kann diese Verbindlichkeit doch nicht als ein Verbot der Veräußerung betrachtet werden. Die Einzeldinge hat er zu restituiren, soweit sie zur Zeit der Restitution noch vorhanden sind [2]), und das, was nicht mehr vorhanden ist, muß er unter Umständen (s. §. 685.) ersetzen, sofern er von diesem Ersatze nicht befreiet ist. — Die unbewegliche Dotalsache ist aber der Veräußerung des Ehemannes entzogen.

Dieses Veräußerungsverbot beim fundus dotalis gehet so weit, daß alle Veräußerungen desselben nichtig sind [3]). Dieß gilt von Grundstücken aller Art und ihrer Theile. Denn obgleich der Mann ebensosehr des Dotalgrundstückes Eigenthümer ist, als andrer Dotalsachen: so trifft ihn jenes ausdrückliche Verbot dennoch, und zwar vom Augenblicke der Ueberweisung des Grundstückes an ihn [4]); selbst vor der Ehe schon, wenn dem Bräutigam im Voraus die Dos gegeben seyn sollte [5]). — Es ist

1) l. 10. §. 1. 2. D. eod. l. 7. §. 12. D. soluto matr. (24. 3.) l. un. §. 9. C. de rei uxor. act. (5. 13.)

2) l. 3. §. 2. D. de suis et leg. (38. 16.) l. 21. D. de manumiss. (40. 1.) l. 3. C. de jure dot. (5. 12.) l. 1. l. 7. C. de servo pignori. (7. 8.) Hasse Culpa d. R. R. S. 567. Not. b. v. Glück Pand. Bd. 25. S. 132 — 138.

3) Diese Bestimmung der l. Jul. de adulter. ist von Justinian erweitert. pr. I. quib. alien. lic. (2. 8.) l. 13. pr. §. 1. D. de fund. dot. (23. 5.)

4) l. 13. §. 2. D. eod.

5) l. 4. D. eod. l. 5. fin. C. de bonis quae lib. (6. 61.)

mittelst des Veräußerungsverbotes jede Abtretung eines dinglichen Rechtes untersagt [1]). — Selbst mittelst Einwilligung der Frau in die Veräußerung kann die Nullität nicht gehoben werden (was beim Verkauf nach der l. Julia de adult. noch erlaubt war, nur nicht beim Verhypothe-ciren) [2]). Daher hat die Frau oder ihr Erbe nach getrennter Ehe das Recht, ein Dotalgrundstück von jedem dritten Besitzer auch dann zu vindiciren [3]), wenn das Vermögen des Ehemannes zum vollständigen Ersatze der Dos genügen sollte. Jedoch erlangt sie oder ihr Erbe diese Befugniß der Vindication nicht eher, als nach getrennter Ehe, weil sie alsdann erst wieder die wahre Eigenthümerin des Dotalgrundstückes wird [4]). — Der Mann selbst aber kann die Veräußerung, welche für die Frau nichtig ist, nicht anfechten; denn sie ist seine eigene Handlung. Nur zu wessen eigenem Rechtsvortheile ein Geschäft für gesetzlich unverbindlich erklärt ist, kann es, obwohl von ihm selbst eingegangen, anfechten. Auch sagen unsere Quellen ausdrücklich, daß die sonst nichtige Veräußerung des fundus dotalis gültig werde, wenn die Dos dem Manne zufalle [5]). — Das Verbot der Veräußerung des Dotalgrund-

1) l. 5. §. 6. 16. D. de fund. dot. (23. 5.) l. 2. C. eod. (5. 23) Die Worte der l. 1. C. eod.: „est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur," heben keineswegs das transferre *dominium* hervor; sondern lehren, daß jede Handlung einer solchen Uebertragung Alienation genannt werde. Sie wollen mithin nicht sagen, Handlungen, durch welche kein Eigenthum übertragen werde, seyen keine Alienationen; sondern es gebe verschiedene Handlungen, durch die man Eigenthum übertrage, und jede von diesen sey eine Alienation. Von den übrigen Alienationsarten spricht die Stelle gar nicht.

2) pr. I. quib. alien. lic. (2. 8.) l. un. §. 15. C. de rei ux. act. (5. 13.)

3) l. 42. D. de usurp. (41. 3.) l. 2. §. 1. D. de fund. dot. (23. 5.) Selbst die Veräußerung an den Fiscus ist nichtig.

4) l. 30. C. de jure dot. (5. 12.) verb. „omnis autem temp. except." cet.

5) l. 17. D. de fundo dot. (23. 5.) l. 42. D. de usurp. (41. 3.)

stückes hat auch außerdem einige anerkannte Ausnahmen, nämlich: a) wenn sie durch irgend eine Rechtsnothwendigkeit [1]) herbeigeführt wird; b) wenn sie zum Nutzen der Frau beiträgt [2]); c) wenn die Einwilligung zur Veräußerung von derselben mittelst Eides ertheilt worden ist [3]); d) wenn die Frau Erbin des Mannes [4]) oder auch wenn er freier Eigenthümer der Dos wird, wie schon oben angeführt worden, und e) wenn die Frau ein ihr im Testamente des Mannes hinterlassenes, zum Ersatze für das von ihm veräußerte Grundstück [5]) bestimmtes Legat annimmt: so convalescirt die Veräußerung. f) Fällt nicht der Frau, sondern einem Dritten nach getrennter Ehe die Dos zu: so kann dieser die Veräußerung [6]) nicht anfechten [7]). — Ein Universalsuccessor des Mannes bekommt den fundus dotalis in denselben Rechtsverhältnissen, in denen ihn der Mann hatte, denn das Grundstück gehet mit dem ganzen Vermögen auf Jenen über. Aber er kann ihn deßwegen ebensowenig veräußern, wie der Mann, und muß ihn herausgeben, sobald die Dos von ihm herausgegeben werden muß [8]). — Ist der fundus dotalis dem Manne bei der

1) l. 1. pr. de fund. dot. (23. 5.) l. 2. C. eod. (5. 23.)

2) l. 26. l. 27. de jure dot. (23. 3.)

3) C. 28. X. de jurejur. (2. 24.) Der Eid ist noch näher bedingt: „juramenta sine vi et „dolo sponte praestita, cum in „alterius praejudicium non red-„undent."

4) l. 13. §. ult. D. de fund. dot. (23. 5.) l. 14. C. de rei vind. (3. 32.)

5) l. 77. §. 5. D. de legat. II. (31.)

6) l. 3. §. 1. D. de fundo dot. (23. 5.)

7) Es ist irrig, eine Wiederholung der Genehmigung von Seiten der Frau nach 2 Jahren als Confirmationsgrund der Veräußerung anzusehen, wie Schweppe mit Andern aus Nov. 61. c. 1. §. 3. folgern wollte, s. v. Glück Pand. Bd. 25. §. 1252. a. S. 412. ff. — Ohne alle wissenschaftliche Veranlassung nehmen Manche auch die mit Zustimmung der Obrigkeit geschehene Veräußerung des fundus dotalis als gültig an, z. B. Claproth th. pr. Rechtswissensch. von freiwill. Gerichtshandl. §. 180.

8) l. 1. §. 1. l. 2. §. 1. D. de fundo dot. (23. 5.) l. 62. D. de acq. rer. dom. (41. 1.)

Illation der Mitgift für einen äſtimirten Preis, gleichſam zum Verkaufe, zugeſchätzt: ſo zeichnet er ſich vor den übrigen Theilen einer ſolchergeſtalt äſtimirten Dos nicht aus, und befindet [1]) ſich alſo in der freien Dispoſition des Mannes. Wenn aber bei jener Schätzung und Illation nebenher verabredet iſt, daß der Frau oder ihren Erben bei Rückforderung der Dos die Wahl zwiſchen dem Taxatum und dem Grundſtücke ſelbſt bleiben ſolle: ſo kann der Mann [2]) die Veräußerung wiederum nicht gültig vornehmen.

2. Von den Rechten der Frau.

§. 682.

Im weitern Sinne gehört die dos zum Vermögen der Frau; die adventitia ganz, und die profectitia, inſofern ihr dieſe leicht zufällt [3]). Die Rechte der Frau an dem Heirathsgute während des Ehebandes ſind jedoch meiſtens ſuspendirt, da ſie nur in gewiſſen Fällen wirkſam gemacht werden können. Auch kann ihr ein Eigenthum an der Dos nicht zugeſchrieben werden. — Beſteht dieſelbe in Fungibilien oder abgeſchätzt übergebenen Sachen: ſo hat die Frau gar kein Recht an den Sachen ſelbſt, ſondern kann nur beim Eintritt ihres Anſpruches auf Rückgabe den Werth ſolcher Sachen fordern, welche in des Mannes Eigenthum durch die Ueberlieferung ſofort übergehen (§. 681.). Dieſes Verhältniß iſt für ſie aber zugleich ein großes Vorrecht, indem ſie die verringerten oder verſchlechterten Sachen dieſer Art, welche dem Manne zur Mitgift gegeben ſind, nicht wiederzunehmen braucht, ſon-

1) l. 10. §. 6. D. de jure dot. (23. 3.) l. 11. D. de fundo dot. (23. 5.) l. un. §. 15. C. de rei uxor. act. (5. 13.)

2) l. 1. C. de fundo dot. (5. 23.)

3) l. 2. §. 1. D. solut. matr. (24. 3.)

dern den Werth derselben fordern kann. Hat aber der Mann Concurs gemacht: so darf die Frau sogar die abgeschätzt zur Mitgift dem Manne übergebenen Sachen mittelst der Vindication aus der Concursmasse zurücknehmen [1]). Diese Bestimmung Justinians ist zwar in jeder Rücksicht ungeschichtlich und folgewidrig zu nennen; jedoch aus der vereinzelt stehenden Absicht des Gesetzgebers, den Frauen die Mitgift auf alle erdenkliche Weise zu erhalten und ihnen bei deren Rückforderung selbst eine gewisse Wahl der Mittel ihrer Befriedigung zu lassen, hinreichend zu erklären. — Mit Recht scheint die der Ehefrau im Concurse des Mannes zugestandene Reivindication ausdehnungsweise sogar auf diejenigen Sachen angewandt werden zu können, welche mit Dotalgeldern gekauft sind. Denn da das Röm. Recht [2]) der Frau ein solches Recht gegen die Sachen einräumt, welche der Mann mit dem ihm von ihr ungültig geschenkten Gelde erworben hat; und da die Vindication der mittelst des Heirathsgutes angeschafften Sachen sogar einer solchen Frau zustand, welche in putativer Ehe mit einem Sclaven lebte, den sie für einen Freien gehalten hatte [3]): so ist der Schluß auf ein gleiches Recht der ausgedehnten Vindication (utilis in rem) für die wahre Ehefrau und auf die mit ihrem Dotalgelde angeschafften Sachen gewiß gerechtfertiget. — Auch bei den Nichtfungibilien geben mehrere Stellen unsers Rechtsbuches dem Manne ausdrücklich das Eigenthum, indem sie theils der Frau die Vindication derselben absprechen [4]), theils das dem Ehemanne daran erworbene Eigen-

1) l. 30. pr. C. de jure dot. (5. 12.)

2) l. 55. fin. D. de don. i. V. et U. (24. 1.) Wegen Interpretation dieser Stelle s. v. Glück Pand. Bd. 8. S. 186—188.

3) l. 22. §. 13. D. soluto matr. (24. 3.)

4) l. 9. C. de R. Vind. (3. 32.)

thum als ihm nicht nehmbar bezeichnen [1]); andre Stellen, welche das Gegentheil zu sagen (die Frau als Eigenthümerin der Dos zu bezeichnen) scheinen, sind auf die genügendste Weise mit den erstern in Einklang [2]) zu bringen, — so daß kein Zweifel übrig bleibt, der Mann sey auch bei einer aus Nichtfungibilien bestehenden Mitgift deren Eigenthümer bis zur gesetzlichen Zurückgabe.

Fehlt zwar nun der Frau während des Ehebandes das Eigenthum an dem Heirathsgute: so hat sie doch folgende

1) l. 23. C. de jure dot. (5. 12.)

2) Die l. 3. §. 5. D. de min. vig. ann. (4. 4.) sagt zwar: „dos ipsius filiae proprium patrimonium est," — und scheint der Frau das Eigenthum des Heirathsgutes zuzuschreiben; aber genauere Erwägung zeigt, daß dieß nicht im Gegensatz zu dem Manne geschieht. Vielmehr ist nur der Gegensatz zu dem Geber der Mitgift hervorgehoben, und in diesem hat die Frau den Vorzug; sie hat ein größeres Recht an derselben als der Dotirende. Von dem Manne redet die Stelle gar nicht, und will also demselben durch die angeführten Worte das ihm gebührende Eigenthum nicht absprechen. — In l. 71. D. de evict. (21. 2.) sind die Worte „mulieris dos est" ebenso zu erklären, wie der Zusammenhang gar nicht bezweifeln läßt. — Desgleichen in l. 4. D. de coll. bon. (37 6.). — Die l. 75. D. de jure dot. (23. 3.), welche man auch für die Meinung anführen wollte, die Frau sey Eigenthümerin der dos, sagt zwar: „quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est"; aber daneben ausdrücklich: „quamvis apud maritum dominium sit." Sie erkennt das Eigenthum des Mannes am Heirathsgute ausdrücklich an, und die Worte „mulieris est" gehen deutlich dahin, daß der etwanige Verlust der dos die Frau am empfindlichsten trifft, da dieses Vermögen doch schließlich zu der Frau oder ihren Erben zurückzukehren pflegt. — Am wenigsten Mühe macht l. 30. C. eod. (5. 12.), in welcher Justinian in einer hochtrabenden Sprache sich über wissenschaftliche Unterscheidungen hinwegsetzt, weil er mißverstandene naturrechtliche Grundsätze dem geschichtlichen Rechte entgegenstellt, — ohne dabei aber doch im Vorübergehen („legum subtilitas") zu verkennen, daß das Eigenthum des Heirathsgutes genau genommen allerdings dem Manne zukomme. Auch weiset sich mittelbar Justinian's Absicht, dem Manne dieß Eigenthum keineswegs zu nehmen, dadurch nach, daß von der dos aestimata eben so gesprochen ist, und deren Uebergang in das Eigenthum des Mannes gar keinem Zweifel unterliegt. H. G. Bauer comm. de marito fundi dotalis domino (Resp. ad quaest. ex jur. var. T. I. Nr. 2.).

Rechte: A) Sie hat den Besitz des dotalen Grundstückes wenigstens insofern, daß sie, im Fall ihrer Schuldigkeit Caution zu machen, als Grundbesitzerin angesehen und, sofern Grundbesitz überhaupt unter den vorkommenden Umständen vom Bestellen einer Caution entbindet, von dieser dadurch befreiet wird [1]). B) Wegen des Rechtes, die künftige Herausgabe [2]) des Heirathsgutes zu begehren, hat die Ehefrau auch die Befugniß, vom Manne die Leistung des Ersatzes für Argliſt und Fahrlässigkeit zu verlangen, und zwar so, daß er in faciendo [3]) omnem culpam ersetzt [4]), in non faciendo aber bloß für diejenige Sorgfalt einzustehen braucht, die er auf sein eigenes Vermögen verwendet [5]) (mithin nur culpa lata ihm zur Last fällt). Bei Einziehung von Capitalen soll er aber alle Sorgfalt (omnem diligentiam) beweisen [6]), nur braucht er den Zufall nicht zu tragen. — C) Der Frau steht wegen ihrer Dos ein privilegirtes Pfandrecht zu (Thl. 2. S. 292. 293.), und dieß nicht bloß an dem gesammten Vermögen des Mannes, sondern sogar an den Dotalsachen selbst, da ihr Justinian die eigenthümliche Befugniß gegeben hat, auf diese Sachen sogar mit der actio hypothecaria zu klagen [7]). — D) Die Frau hat, soweit nicht des Finders Recht colli-

1) l. 15. §. 3. D. qui satisdare cog. (2. 8.)

2) s. §. 683.

3) Unterscheidungen der Culpa, welche bei dieser noch keineswegs völlig aufgeklärten Materie vorläufig ihren Werth behalten.

4) l. 18. §. 1. l. 25. §. 1. l. 66. pr. l. 67. D. solut. matr. (24. 3.)

5) l. 24. §. 5. D. eod. l. 17. pr. D. de jure dot. (23 3.)

6) l. 49. D. eod. l. 20. §. 2. D. de pact. dot. (23. 4) l. 49. pr. D. solut. matr. (24. 3.) Der Grund, weßhalb der Ehemann bei einem solchen Geschäfte omnem diligentiam schuldig ist, liegt darin, daß er dabei nicht nur als Ehemann, welcher zur Benutzung der Mitgift berechtigt ist, sondern auch als Mandatar handelt. v. Löhr, Theorie der Culpa. S. 205 ff.; vgl. Hasse, Culpa des Röm. R. S. 561 ff.

7) l. 30. C. de jure dot. (5. 12.)

dirt [1]), Ansprüche auf den Schatz; so wie ihr überhaupt die Accessionen gebühren, welche nicht Früchte sind. Aber alle diese Vermehrungen des Vermögens der Frau werden zunächst als Vermehrungen des Heirathsgutes angesehen (augent dotem). Daraus folgt, daß der Mann während der Ehe auch diesen Zuwachs zu benutzen ein Recht hat [2]). — E) Die Frau kann verlangen, daß die Revenuen der Dos wirklich zur Tragung der Lasten der Ehe verwandt werden, und kann auch im Falle unordentlicher Verwaltung [3]) des Mannes, Sicherheitsmaßregeln (aber in keinem Falle Bürgschaftsbestellung) veranlassen. — F) Endlich muß die Frau in Ermangelung andern Vermögens aus dem Heirathsgute beerdiget werden, wobei gleichgültig ist, wer es nach ihrem Tode erhält; sogar die dos receptitia nicht ausgenommen [4]).

C. Von der Zurückgabe des Heirathsgutes.

§. 683.

Das Heirathsgut ist nur zur Erleichterung der ehelichen Lasten bestimmt und muß daher, sobald diese aufhören, ebenfalls sein Wesen verlieren. Die Regel ist: Mit dem Ende der Ehe hat der Mann die Dos zurückzugeben. — Die Frau kann aber auch bei noch bestehender Ehe [5]) die Restitution derselben verlangen, wenn der Mann verarmt oder in Concurs geräth. Erfolgt in solchen Fällen die Dos an die Frau zurück, so muß sie die Ausgaben für die Be-

1) s. S. 130. Note 2.

2) s. §. 681. Absatz B. und S. 131. Note 1.

3) l. 22. §. 8. D. solut. matr. (24. 3.) — l. 1. l. 2. C. ne fidejuss. dot. dent. (5. 20.)

4) l. 16 — 20. D. de religios. (11. 7.) l. 60. D. solut. matr. (24. 3.) l. 13. C. de negot. gestis. (2. 19.)

5) l. 29. C. de jure dot. (5. 12.) — l. 24. pr. solut. matrim. (24. 3.)

dürfnisse der Ehe, der ursprünglichen Bestimmung des Heirathsgutes gemäß, aus diesem bestreiten, darf dasselbe keineswegs willkürlich veräußern, und muß es dem Manne zurückgeben, wenn er wieder in eine Lage kommt [1]), in welcher die Frau wegen der Dos nicht gefährdet ist. — Manchmal folgt dagegen die Restitution derselben aus der Beendigung des Ehebandes nicht, nämlich: a) wenn die Ehescheidung durch Schuld der Frau herbeigeführt worden ist, und zu ihrer Strafe der Mann das Heirathsgut behalten darf (s. §. 716.); b) wenn ein abgeschlossener Vertrag dem Manne die Befugniß giebt, noch nach Ende der Ehe dasselbe zu behalten; was zu verabreden jedoch nur da zulässig ist, wo es gesetzlich an andere Personen, als die Frau, zurückfällt [2]). — Lucrirt der Mann auf irgend eine Weise die Dos: so erhält er dennoch, falls Kinder aus der Ehe mit dieser Frau vorhanden sind, nur den Nießbrauch, die Kinder aber bekommen das Eigenthum [3]); mit Ausnahme eines Kindestheils, welcher dem Manne selbst bei solcher Concurrenz seiner Kinder eigenthümlich bleibt, bis er wieder heirathet [4]).

Das justinianeische Recht lehnt sich in Rücksicht der auf Herausgabe des Heirathsguts zielenden Klage an das ältere Röm. Recht an. Nach demselben war nämlich, um gegen den Mann oder dessen Erben auf Rückgabe der Dos mit der actio ex stipulatu de dote reddenda zu klagen, dem Vater der Frau und dieser selbst nöthig, sich die Rückgabe vom Empfänger besonders bedungen zu haben. We-

1) l. 29. C. cit.
2) l. 2. l. 12. pr. D. de pact. dotal. (23. 4.) l. 1. §. 1. D. de dote praeleg. (33. 4.) l. 3. l. 6. C. de pactis convent. (5. 14.)
3) Nov. 98. c. 1.
4) Nov. 127. c. 3. „etiam „in patribus — ad secundas „nuptias non venientibus.“

gen der Stipulation war sie stricti juris. Hatte das Versprechen nicht Statt gefunden, so hatten Schwiegervater und Frau die actio rei uxoriae [1]) oder actio dotis, und diese war bonae fidei. Justinian [2]) ließ hierbei ganz neue Bestimmungen eintreten und veränderte jenes Verhältniß dahin, daß er der Ehefrau, deren Erben und dem Vater der Frau zur Rückforderung der Dos beständig die actio ex stipulatu gab, es mochte ein förmliches Verabreden und Versprechen vorhergegangen seyn oder nicht; er legte aber dieser ausgedehnten Klage den Charakter einer bonae fidei actio bei, welchen die rei uxoriae actio gehabt hatte, und hob letztere ganz auf [3]). — Ein dritter Dotirender (weder Frau noch Schwiegervater) hatte auf Rückforderung seiner gegebenen Mitgift im ältern Rechte immer nur die actio ex stipulatu und zwar auch nur dann, wenn er sie sich stipulirt hatte; dieß ist im justinianeischen Rechte unverändert geblieben [4]). — Die Klage auf Rückgabe wird angestellt gegen den, welcher die Dos empfangen hat oder gegen dessen Erben [5]). War der Ehemann, als er das Heirathsgut empfing, noch in der Gewalt seines Ascendenten: so kann auch dieser mit der neuen actio ex stipulatu unter dem gewöhnlichen Beisatze entweder quod jussu, oder de in rem verso, oder doch de peculio belangt werden [6]). — Andere Personen als die Frau selbst (vgl. §. 696.) dürfen sich wegen richtiger Rückgabe des Heirathsgutes Bürgen vom Manne stellen lassen, und haben als-

1) Diese hatten nach den Umständen sehr wichtige Verschiedenheiten. Schweppe Rechtsgesch. §. 400.

2) §. 29. I. de action. (4. 6.)

3) l. un. C. de rei uxoriae actione in exstipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita. (5. 13.)

4) l. un. cit. §. 13.

5) l. 22. §. 12. D. solut. matr. (24. 3.) l. 10. C. eod. (5. 18.)

6) l. 22. §. 12. D. cit. l. 25. pr. l. 53. D. eod. Vgl. oben §. 654. 655. 657.

dann auch die Klage gegen solche Bürgen [1]). — Die Rückforderungsklage überhaupt macht stets den Beweis der wirklichen Illation der Mitgift, sofern diese geleugnet wird, nothwendig (s. §. 688.). — Neben der actio ex stipulatu steht der Ehefrau aus dem (gesetzlichen und) privilegirten Pfandrechte [2]) für die Dos an dem Vermögen des Mannes, und jedem Dritten aus der gesetzlichen Hypothek sowohl die Retention als die Pfandklage zu [3]).

1. Personen, an welche die Zurückgabe geschieht [4]).

§. 684.

In den Fällen, in denen die Mitgift zurückgegeben werden muß (s. 683.), ist zu unterscheiden, ob die Frau noch lebt, oder ob sie schon gestorben ist. A) Lebt die Frau bei Aufhebung der Ehe noch und befindet sie sich dann nicht in der väterlichen Gewalt: so fordert sie für sich selbst, und das zurückempfangene Heirathsgut wird dann ihr ausschließliches Eigenthum [5]). Es macht dabei keinen Unterschied, daß sie vielleicht von ihrem Dotirenden enterbt worden ist. — Steht die Frau aber bei Beendigung der Ehe noch in väterlicher Gewalt, dann hat sie gemeinschaftlich [6]) mit dem Vater das Recht, das Heirathsgut zurückzufordern; und giebt es der Mann einer von diesen beiden Personen allein heraus, ohne Einwilli-

1) l. 7. pr. D. de except. (44. 1.)

2) l. un. §. 1. C. de rei ux. act. (5. 13.)

3) l. 29. C. de jure dot. (5. 12.) Vgl. §. 348. Thl. 2. S. 292. 293.

4) Donell. comm. 14, 6.

5) Ulpian. fragm. 6, 6. l. 2. pr. D. solut. matr. (24. 3.) l. un. §. 11. C. de rei uxor. (5. 13.) „etiamsi fuerit exheredata.“

6) Wobei noch zu bemerken, daß die Dos für eine zweite Heirath aufbewahrt werden soll. Nov. 97. c. 5.

gung der andern: so bleibt er [1]) dieser andern noch immer zur Zurückgabe verpflichtet. Uebrigens muß die Tochter, wenn der Vater die Dos nach Aufhebung der Ehe zurückfordern will, ihm beistimmen, falls sie nicht aus genügenden Gründen die Einwilligung verweigert; und wenn sie nicht offenbar widerspricht, so wird sie [2]) für einwilligend angesehen (also die Willenlose, Wahnsinnige gilt für beistimmend). Ist der Vater abwesend, so kann die Tochter ihre Dos ohne ihn zurückfordern. — Der Vater hat das Recht, in Gemeinschaft der Tochter die Dos zurückzufordern, diese mag profectitia oder adventitia seyn [3]). — B) Ist die Frau todt, so fällt dieser Anspruch bei der dos adventitia den Erben der Frau zu, — eine von Justinian eingeführte Billigkeit des neuern Rechts [4]). Dagegen kann die dos profectitia ohne Ausnahme nur der Vater [5]) oder väterliche Ascendent zurückfordern, welcher sie gegeben hat. Zwei Fragen sind dabei aufgeworfen und streitig geworden: a) ob nicht den Erben einer emancipirten Tochter die dos profectitia ihrer Erblasserin (vor deren Vater) zufalle; allein die Gründe [6]), welche für die

1) l. 2. §. 1. l. 3. l. 34. D. solut. matr. (24. 3.) l. un. §. 13. C. cit. l. 2. l. 7. C. solut. matr. (5. 18.)

2) l. 2. §. 2. l. 37. D. eod. (24. 3.)

3) Die Worte „si — dos ab eo profecta sit“ in l. 2. §. 1. D. eod. gehen bloß auf die nächstfolgenden ipsius et filiae dos est. Ulpian. frag. 6. 6. sagt ausdrücklich: si in potestate patris sit, pater adjuncta filiae persona habet actionem; nec interest, adventitia sit dos an profectitia. conf. Nov. 97. c. 6. §. 1. Faber conjectur. j. c. lib. 13. c. 5. 6.

4) Ulp. l. c. §. 5. hat noch das ältere Recht, nach welchem der Mann in solchem Falle die dos adventitia lucrirte, falls sie nicht receptitia war. l. un. §. 6. C. de rei uxor. act. (5. 13.) ändert dieß ab.

5) l. 17. D. de SC. Mac. (14. 6.) l. 6. pr. l. 78. §. 1. D. de jur. dot. (23. 3.) Noodt ad P. 24, 3. Pufendorf Obs. I. 69.

6) Aus der Analogie mit der dos adventitia kann man für die profectitia nichts folgern; l. 4. C. soluto matr. (5. 18.) ist ein

Bejahung dieser Frage zu reden scheinen, verschwinden bei näherer Beleuchtung derselben und bei Erwägung der Gegengründe ganz. b) Eine andre sehr alte Controvers ist, ob nicht die dos profectitia an die hinterlassenen Kinder der verstorbenen Frau fallen müsse [1]). Schon die Glossatoren stritten darüber. Martinus war für die Ueberlassung der Dos an die Kinder, Bulgarus jedoch blieb bei der richtigern Meinung, obgleich sie zufällig gegen seinen eigenen Vortheil entschieden haben soll [2]). Aber gegenwärtig hat dieser Punct aufgehört, controvers zu seyn. Man nimmt vielmehr allgemein die Erklärung des Bulgarus an, der Vater müsse jedenfalls die dos profectitia zurückerhalten, wenn durch den Tod der Frau die Ehe aufgelöst ist. Theils folgt dieß aus einer alten, erst durch Justinian aufgehobenen Eigenthümlichkeit [3]) des ältern Röm. Rechts; theils ist der Schluß davon, daß doch die Kinder ihre Mutter als Erben repräsentiren und also auch statt

auf den einzelnen, dem Kaiser vorgestellten Fall erfolgtes Rescript, der Ausdruck filiafamilias ist darin folglich ohne weitere Consequenz, und kann nicht zum argum. a contr. gebraucht werden; endlich lassen l. 6. D. de jure dot. (23. 3.) l. 71. D. de eviction. (21. 2.) l. 5. D. de divort. (24. 2.) l. 10. pr. l. 59. D. solut. matrim. (24. 3.) keinen Zweifel übrig.

1) v. Glück Pand. Bd. 27. S. 195. ff.

2) v. Savigny Gesch. des Röm. R. im Mittelalter. Thl. 4. S. 83. f. Die Praxis scheint der Meinung des Martinus bei uns zu folgen, v. Ramdohr Erfahrungen. Thl. 1. S. 508.

3) Nach älterem Röm. Recht durfte nämlich der Mann nach Ulp. fragm. 6. §. 4. von der dos profectitia beim Tode der Frau einen Theil für die Kinder zurückbehalten; was Justinian abgeschafft hat, l. un. §. 5. C. de rei uxor. (5. 13.) Die Erwähnung der Kinder in l. 40. solut. matr. (24. 3.) scheint aber auf die retentiones ex dote propter liberos zu gehen, deren Ulpian. fragm. 6. §. 9. erwähnt. Endlich ist l. 19. C. de collation. (6. 20) füglich von dem Falle zu verstehen, wo Kinder einer Tochter die Dos ihrer Mutter in die Erbschaft des mütterlichen Großvaters conferiren müssen, weil die Ehe bei Lebzeiten der Frau getrennt war. Vgl. übrigens die Stellen in Note 5. S. 142.

der Frau zurückfordern dürften, ganz irrig, da der Satz dann von allen und jeden Erben der Frau gelten müßte; theils ist für das Recht des Vaters die ganze Consequenz des Röm. Rechts — Ist aber der Vater der verstorbenen Frau auch todt, so gebührt nach neuerer Röm. Gesetzgebung [1]) den Erben der Letztern das Recht, die Dos zurückzufordern. Ist der Geber der Dos schon vor der Frau gestorben, so ist im Allgemeinen das Recht der Erben der Frau stärker, als das der Erben des Gebers, ausgenommen bei der receptitia; aber in dem besondern Falle, daß der Großvater, welcher dotirte, gestorben, der Vater aber noch am Leben ist: so hat dieser Letztere das Recht, die Dos zurückzufordern, vor den Erben der verstorbenen Frau, falls er erweiset, daß die Dos um seinetwillen und ihm zu Gefallen gegeben war [2]); wogegen die Erben der Frau vorgehen, wenn in Ansehung der Frau dotirt worden ist (was man wegen des gewöhnlichen Zwecks der Dos wird präsumiren müssen).

Von diesen gesetzlichen Vorschriften über die Frage, wer die Dos zurückzufordern berechtiget sey, kann durch Vereinbarung der Betheiligten zwar abgewichen werden, und insbesondre hat jeder Dotirende das Recht, sich auszubedingen, sie solle nach aufgehobener Ehe an ihn zurückfallen, auch kann der Vater erlauben, daß ein Andrer sich das Rückforderungsrecht bedinge; aber solche Bestimmungen müssen gleich bei dem Versprechen der Dotation oder im Augenblicke der Bestellung der Dos selbst geschehen, und können hinterher nicht mehr gemacht werden [3]). Aus-

1) l. un. §. 6. C. de rei uxor. (5. 13.) Nach älterem R. R. behielt hier wieder der Mann die Dos.

2) l. 76. pr. D. de jure dot. (23. 3.) und l. 6. D. de collat. (37. 6.) sind auf diese Art zu vereinigen. Vgl. jedoch v. Glück Pand. Bd. 25. S. 50. 51.

3) l. 7. pr. l. 20. §. 1. D.

nahmsweise hat jedoch der Vater der Frau das Recht, (wiewohl auch er nur vor vollzogener Ehe) eine solche Bedingung, auch gegen den Willen der Tochter, nachzufügen.

2. Gegenstand der Zurückgabe.

§. 685.

Sowohl die Hauptsachen als die Nebensachen (vgl. §. 687.) sind nach Beendigung der Ehe zu restituiren. Bei den erstern ist nach der Eigenthümlichkeit der zum Heirathsgute gegebenen Sachen zu unterscheiden. Die ästimirte Dos zeichnet sich vor den übrigen Arten der Mitgift sehr aus. Von derselben s. besonders §. 692. — Sind dem Manne verliehene und noch ausstehende Capitale zur Aussteuer gegeben, und befinden sie sich zur Zeit der Rückgabe des Heirathsgutes von Seiten des Ehemannes noch ausgeliehen: so müssen sie durch Cession oder Delegation zurückgegeben werden, weil der Schuldner sonst keinen Grund hat, an den Mann oder dessen Erben nicht zu zahlen. War der Debitor zur Zeit des Klagerechts des Mannes schon nicht mehr zahlungsfähig, so trägt der Mann den Verlust nicht, er müsse denn die Insolvenz des Schuldners gekannt haben [1]). Sind die Capitale vom Manne einkassirt: so muß er dasjenige zurückzahlen, was er beim Einkassiren hätte erheben können, nicht bloß was er wirklich erworben hat. Seine Nachlässigkeiten, z. B. wenn er mit der Einklagung der Schuld zögert, schaden ihm selbst [2]),

de pact. dotal. (23. 4.) l. 29. pr. D. solut. matr. (24. 3.) l. un. §. 13. C. de rei uxor. act. (5. 13.) l. 82. D. de solut. (46. 3)

1) l. 41. §. 3. D. de jure dot. (23. 3) l. 49. pr. D. solut. matr. (24. 3.)

2) l. 33. D. de jure dot. (23. 3.) Ausgenommen, wenn der Geber die Frau, deren Vater oder ein Schenker ist.

nicht dem Rückempfänger der Dos. — Waren dem Manne dessen eigene Schulden zur Dos gegeben, und sie sind zur Zeit der Rückgabe noch nicht fällig, so muß das alte Schuldverhältniß wiederhergestellt werden [1]). War die Schuld schon fällig gewesen zur Zeit der Dotirung oder während der Ehe fällig geworden: so ist der Belauf der alten Schuld mit der actio ex stipulatu gegen den Mann einzuklagen, und es gilt dabei der regelmäßige Zahlungstermin (s. folgenden §.), wie wenn dem Mann baares Geld zum Heirathsgute gegeben wäre. — Hat er Fungibilien als solches erhalten, so muß er deren eine gleiche Menge von gleichem Werthe restituiren, während die ihm gegebenen individuellen, fungibeln Sachen auf seine Gefahr verbraucht oder untergegangen oder vielleicht (in irgend einem Werthe) noch vorhanden sind [2]). Nur beim Gelde, das vom Manne nach Empfang desselben als Dos zum Ankauf von Grundstücken verwandt worden ist, hat man zweifelhaft finden wollen, ob die zur Rückforderung Berechtigten eine gleiche Summe Geldes nehmen müßten oder ob sie die Herausgabe der dafür angekauften Grundstücke verlangen könnten. Daß das Letztere erlaubt ist, wenn der Mann nicht zahlungsfähig ist, bleibt ausgemacht (s.

1) l. 43. §. 1. D. de jure dot. (23. 3.) „Secundum quae, constituta dote per acceptilationem et secutis nuptiis, is effectus erit dotis exactioni, ut si quidem pura sit obligatio, quae accepto lata est, non ipsa jam restituenda sit, sed solvenda dos secundum sua tempora. Sin vero obligatio in diem fuit, nec ante solutum matrimonium dies obligationis praeteriit, restauranda est in diem pristinum obligatio, et, si debitum cum satisdatione fuerit, satisdatio renovanda est. Similique modo, et, si conditionalis fuerit obligatio, quae in dotem conversa est, et pendente obligatione divortium fuerit secutum, verius, obligationem sub eadem conditione restitui debere. Sed si conditio exstiterit constante matrimonio, ex die divortii tempora exactionis numerantur.

2) l. 42. D. eod.

§. 683.). Im entgegengesetzten Falle kann sie [1]) nicht verlangt werden, sofern die Betheiligten es nicht verabredet haben [2]). — Noch vorhandene dotale Nichtfungibilien müssen individuell zurückgegeben und genommen werden, und der Mann braucht dabei den Ersatz eines Schadens, welcher durch regelmäßige Abnutzung oder durch Zufall entstanden ist, nicht zu leisten [3]). Nicht mehr vorhandene dotale Nichtfungibilien, welche ohne Schuld des Mannes verloren gegangen sind, braucht er gar nicht zu restituiren oder zu ersetzen, denn er ist bei Nichtfungibilien bloß das Einzelding schuldig [4]). Sind sie aber durch seine Schuld verloren, oder von ihm veräußert: so muß er ihren Werth ersetzen, wie er zur Zeit der Veräußerung wirklich Statt fand. Entweder sind sie (zum bloßen Zwecke der Werthbestimmung, taxationis causa) geschätzt: so ist die Größe des Ersatzes dadurch angegeben [5]), oder es mangelt an einer solchen Taxe: so gelten die allgemeinen Regeln [6]) der Schätzung (§. 204, 205.). — Nebensachen der zu restituirenden Dos sind bei Fungibilien und der ästimirten Dos gar nicht vorhanden; denn da der Ehemann deren volles Eigenthum erhält: so erhält er auch alle Accessionen der-

1) l. 12. C. eodem (5. 12.) sagt dieß bestimmt.

2) l. 26. l. 27. l. 32. D. de jure dot. (23. 3.) Eine solche Verabredung kann auch nur bei l. 54. D. eod. vorausgesetzt worden seyn, die sonst gegen die Principe anstieße, so wie gegen l. 12. C. cit. Faber, conj. j. c. lib. 5. c. 9.

3) l. 10. pr. D. de jure dot. (23. 3.)

4) l. 12. § 1. D. eod. l. 18. D. soluto matr. (24. 3.) l. 49. §. 1. D. de furtis. (47. 2.)

5) l. 21. C. de jure dot. (5. 12.)

6) Anzunehmen, der Mann müsse im Falle der Veräußerung den Verkaufswerth restituiren, mag sehr natürlich scheinen und in vielen Fällen zutreffen; aber an sich ist es irrig, denn der Mann verkauft als Eigenthümer für sich, und sowohl der Vortheil eines theuern, als der Nachtheil eines wohlfeilen Verkaufs muß ihm zufallen.

selben ohne Ausnahmen [1]). Bloß Verzugszinsen vom Zeitpuncte der schuldigen Rückzahlung zu 4 Procent können auch bei solchen Dotalgegenständen vorkommen [2]). — Bei allen übrigen Dotalien muß der Mann herausgeben: A) diejenigen Accessionen, welche keine Früchte sind, da ihm nur die Früchte gebühren; B) jeden bei Gelegenheit des Heirathsgutes zufällig gemachten Gewinn [3]); denn der Mann soll dabei bloß keinen Schaden haben, aber nichts gewinnen. C) Der Mann muß allen Schaden ersetzen, welchen er dem Heirathsgute durch Arglist oder zu prästirende Fahrlässigkeit (s. §. 682.) zugefügt hat [4]); wobei nach allgemeinen Grundsätzen selbst ein jusjurandum in litem des Klägers vorkommen kann [5]). — D) Die Früchte, welche dem Manne nicht zukommen, muß er herausgeben. Diese sind: a) die vor der geschlossenen Ehe gezogenen, wenn er die Dos schon vor deren Anfang überliefert bekommen hat. Denn da er alsdann noch keine ehelichen Lasten zu tragen hat, so kann er auch noch keine Ansprüche auf die Benutzung der bloß dazu bestellten Dos machen [6]). Doch kann er diese vorher gezogenen Früchte mit der Dos während der Ehe behalten, denn sie werden Theil des Heirathsgutes (dotis fiunt). b) Von den nach Ende der Ehe gezogenen und zu restituirenden Früchten s. unten §. 687.

1) l. 10. C. eod. l. un. §. 9. C. de rei uxor. act. (5. 13.)

2) l. un. §. 7. C. eod. Diese Verzugszinsen müssen in Rücksicht aller Dotalgegenstände bezahlt werden, bei deren Restitution der Mann in Mora ist; wovon allein die Immobilien ausgenommen sind, deren Werth er nicht verzinsen, von denen er aber selbst fructus percipiendos ersetzen soll.

3) l. 16. D. de jure dot. (23. 3.): „Sufficit enim maritum indemnem praestari, non etiam lucrum sentire.“ — l. 52. D. eod.

4) Hasse, Culpa. Cap. 12. Nr. 9.

5) l. 25. §. 1. D. eod.

6) l. 38. §. 12. D. de usuris et fruct. (22 1.) l. 7. §. 1. l. 47. D. de jure dot. (23 3.) l. 6. fin. D. solut. matr. (24. 3.)

3. Zeit und Ort der Zurückgabe.

§. 686.

Bei Auflösung der Ehe sollen die Immobilien des Heirathsgutes [1]), ein Jahr nachher die übrigen Gegenstände, während der Ehe aber Nichts zurückgegeben werden. Wenn aber der Mann eine capitis diminutio und Vermögensconfiscation erleidet, so soll, wenngleich die Ehe nicht aufgehoben werden möchte, die Dos an die Frau sogleich zurückgegeben werden [2]). — Auch kann die Frau, wie schon erwähnt worden, die Dos zurückfordern, sobald der Mann in schlechte Umstände geräth; jedoch bloß zum Zwecke der Administration. Veräußerung des Heirathsgutes ist ihr in solcher Lage während der Ehe untersagt [3]). Dieß Recht der Zurückforderung während der Ehe hat die Frau aber erst dann, wenn erwiesen ist, daß der Mann in einer solchen Ueberschuldung sich befindet, welche eine völlige Bezahlung der Dos für den Fall nicht mehr zuläßt, daß seine übrigen Gläubiger voll bezahlt werden [4]). Jeder rechtswidrige Aufschub der Restitution der Dos legt dem Manne die Verbindlichkeit auf, Caution deßhalb zu leisten [5]). Während der Ehe darf die Dos deßwegen nicht zurückgegeben werden, weil in der Rückgabe eine zwischen Mann und Frau verbotene Schenkung läge [6]). Doch ist dem Manne diese Rückzahlung auch dann schon erlaubt,

1) l. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (5. 13)

2) l. 1. C. de repud. (5. 17.)

3) l. 29. C. de jure dot. (5. 12.) Nov. 97. c. 6. pr.

4) Einen andern Sinn kann man der l. 24. pr. D. solut. matr. (24. 3.) nicht unterschieben. Es ist darin also auf das Vorzugsrecht der Dos keine Rücksicht genommen; denn sonst könnte die Frau immer nur dann diese exactio dotis vornehmen, wenn sie Etwas davon verloren geben müßte.

5) l. 24. §. 2. D. eod.

6) l. un. C. de rei uxor. act. (5. 12.) Nov. 22. c. 39.

sofern die Frau deren bedarf, um ihre Schulden zu bezahlen, oder wenn sie vortheilhaft Grundstücke dafür kaufen kann, und endlich wenn sie damit ihre nächsten Verwandten ernähren oder aus der Gefangenschaft befreien will [1]). Giebt der Mann die Dos früher zurück, als er verbunden ist, so kann er sie nicht nur wieder fordern [2]); sondern er wird auch dadurch auf den Fall, daß die unzeitige Zurückgabe zur Vergeudung des Heirathsgutes geführt hat, nicht befreiet [3]). — Der Ort der Restitution ist nicht der des Empfanges, sondern der Wohnort des Mannes [4]); was der Bestimmung der Dos, welche den Eheleuten in ihren vielleicht wechselnden Lebensverhältnissen und Aufenthaltsörtern folgen soll, völlig entspricht.

4. Theilung der Früchte [5]).

§. 687.

Während beim Nießbrauche die Quantität der dem Nießbraucher gebührenden Früchte bloß nach der Perception sich richtet, bestimmt sie sich bei dem dem Ehemanne zukommenden Genusse der Dos durch die Länge der Zeit, welche von Einhändigung der Dos [6]) innerhalb der wirklich schon bestehenden Ehe (oder vom Anfange der Ehe, wenn die Dos schon früher dem Manne eingehändiget war) bis zum Erlöschen [7]) des Dotalrechtes verfließt; weßhalb der Mann auch alle nach aufgehobener Ehe von der Dos ge-

1) l. 73. §. 1. l. 85. D. de jure dot. (23. 3.) l. 20. D. solut. matr. (24. 3.)

2) Nov. 22. c. 39. Cujacii Parat. ad Cod. lib. 5. tit. 19.

3) l. 73. §. 1. D. de jur. dot. (23. 3.) l. 20. D. solut. matr. (24. 3.)

4) l. 65. D. de judic. (5. 1.)

5) B. Voorda ad l. 7. §. 1. D. solut. matr. (in adpend. thes. ad Dig.)

6) l. 5. l. 6. D. solut. matr. (24. 3.)

7) l. 78. §. 2. D. de jure dot. (23. 3.) l. un. §. 9. C. de rei ux. act. (5. 13.)

zogenen [1]) Früchte herausgeben muß. Werden nun die Früchte in jedem Momente gleich gut gezogen, wie z. B. Zinsen, tägliche Rente u. dergl.: so macht sich die Theilung von selbst. Kommen sie aber nur von Zeit zu Zeit zur Reife: so ist von jeder Gattung von Früchten auf die eigenthümliche Fruchtperiode zu sehen und deren Ablauf mit dem Ablaufe des Dotaljahres zu vergleichen (wie unten gezeigt werden soll), falls nicht die Früchte des ganzen letzten Jahres dem Manne bei Beendigung der Ehe noch zukommen, sondern zwischen ihm und der zu Rückforderung der Dos berechtigten Person getheilt werden müssen. Auf welche Weise nun zwischen Mann und Frau diese Theilung der Früchte geschehen solle, wenn die Dos (wie gesagt) nicht bloß in Gegenständen bestehet, welche jeden Tag fällige Früchte bringen, — ist sehr bestritten worden. Im Gegensatze der zum Theil sehr von einander abweichenden Auslegungen des klassischen Fragmentes [2]) von Sei-

1) l. 25. fin. l. 31. fin. D. solut. matr. (24. 3.)

2) l. 7. §. 1—3. D. solut. matr. (24. 3.) Ulpianus lib. 31. ad Sab. Papinianus autem lib. undecimo quaestionum, divortio facto fructus dividi, ait, non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim si vindemiae tempore (zur Zeit der noch zu haltenden, aber schon reifen Weinlese) fundus in dotem datus sit, eumque vir ex Kalendis Novembribus primis (d. i. vom nächstfolgenden) fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die (am letzten Januar) facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus, et ejus anni quo divortium factum est, quartam partem mercedis (die ganze vorigjährige Weinlese und dazu das Viertel der dießjährigen Pacht) aequum est; alioquin si coactis vindemiis, altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si in fine mensis Januarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit (vom 1. Octob. bis 31. Januar) vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi (zusammenberechnet, nicht: zusammengerechnet) debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. — §. 2. E contrario quoque idem observandum est. Nam si mulier percepta vinde-

ten der ältern Rechtslehrer, ist man in neuern Zeiten auf eine künstlich mathematische Berechnung geführt, welche,

mia statim fundum viro in dotem dederit, et vir ex Kalendis Martiis eundem locaverit et Kalendis Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium, quo dotale praedium fuit, ex mercede quae debebitur, portionem retinebit — §. 3. Item si messes ejus anni, quo divortium factum est, colonum ex forma locationis sequantur, ante vindemiam soluto matrimonio nihilominus pecunia messium in computationem cum spe futurae vindemiae veniet. In dieser Stelle ist Alles klar, bis auf den Ausdruck *confundi* debet. Will man dieß verstehen für „addirt werden": so entsteht eine Schwierigkeit, welche durch alle bisher angestellten Erklärungsversuche durchaus nicht hinweggeräumt ist, und es wird den klassischen Juristen dadurch eine der seltsamsten Willkürlichkeiten aufgebürdet, welche vom Leben und Gewohnheitsrechte (weil diese nur natürlichen und vernünftigen Gründen bei immer wiederkehrenden praktischen Fällen folgen) schlechthin undenkbar eingeführt seyn könnte. Dagegen ist die Erklärung, wie sie im Texte gegeben worden, sowohl der Natur der Sache, als den Worten Papinian's angemessen, und die auch hier verkannte Glosse nebst dem Connanus (Comment. jur. civ. lib. 8. c. 10. n. 8.) haben größtentheils richtig erklärt. Denn aus der Glosse läßt sich die „reine vollständige" Meinung allerdings gewinnen, daß nicht eigentlich die Früchte zweier Jahre zusammengeworfen, sondern nur die Mehr-Erträge des einen Jahrs auch dem andern zum Zwecke der Auffindung eines Durchschnittes zu Gute gerechnet würden, damit weder der Mann, noch die Frau unter dem Verluste leide, wenn eins der beiden letzten Fruchtjahre beträchtlich fruchtbarer ist, als das andere. Daß die Natur der Sache für die wieder aufgenommene älteste und einfachste Erklärungsart redet, hat man allgemein zugestanden. Daß aber auch die Worte dafür sind, läßt sich, wenngleich die genaue Deduction hier des Raumes wegen nicht aufgenommen werden kann, dadurch kurz andeuten, daß in der Stelle vindemiae fructus et quarta portio mercedis (sofern sie als richtige Lesart besteht) die *quarta portio* nur deßwegen wiederholt ist, weil sie früher als dasjenige bezeichnet war, was jedenfalls (auch nach §. 2. u. 3.) dem Manne gebührt. — Die ältern Erklärungen sehe man bei v. Glück Pandectencomm. Bd. 27. §. 1276. c. — h. S. 293 ff., die von Schrader in dessen Comment. de divisione fructuum dotis (der auch Schweppe folgte); die angeblich verbesserte Berechnung von Rothe in v. Glück a. a. O. §. 1276. k. S. 324 ff.; die von Hasse im rhein. Museum für Jurisprudenz, 2ter Jahrg. 1. Hft. S. 1 — 41. Vgl. auch Schrader in der Tübing. krit. Zeitschr. für Rechtswiss. Bd. 6. S. 219 ff. — Die Praxis scheint bloß eine Eintheilung der Früchte des letzten Jahres nach der Zeit anzunehmen, also die

so scharfsinnig sie zu seyn scheint, den Worten Papinian's in unserm Röm. Rechtsbuche dennoch nicht entspricht. Hält man sich an dessen, wenngleich einigermaßen verwickelt scheinenden, darum aber dennoch nicht dunkeln Ausspruch oder kehrt man zu ihm zurück: so kommt man zu folgendem Ergebnisse, das als genügende Antwort der praktisch wie theoretisch höchst anziehenden Frage von der Theilung der Früchte des Heirathsgutes angesehen werden darf. — Ein Dotaljahr heißt das Jahr von dem Tage angerechnet, an welchem eine bestehende Ehe dotirt oder auch eine früher gegebene Dos durch Vollziehung der Ehe zur wahren Dos wird, bis zu demselben Kalendertage des folgenden Jahres. Wenn eine Ehe ein ganzes solches Dotaljahr dauert, so kommen alle darin aufkommenden wirklichen Einkünfte oder Solleinnahmen von dem Heirathsgute dem Manne zu. Dauert die Ehe mehrere solcher Dotaljahre: so ist das Resultat in jedem derselben das nämliche. Aber wenn vom Ende des vorletzten Dotaljahres an das letzte durch Trennung der Ehe unterbrochen wird, ehe es ganz zum Schluß kommt, und dann die Frage entstehet, wie nun zwischen dem Manne und der Frau die Früchte des letzten Dotaljahres zu theilen seyen: so geht das Röm. R. von dem allgemeinen Grundsatze aus, es sey nicht nöthig, daß die Früchte schon eingeärntet, oder die dafür zu zahlenden Pachtgelder vom

Billigkeit des Röm. Rechts, welches für jeden der Eheleute auf die größere oder geringere Fruchtbarkeit des letzten Jahres Rücksicht nimmt und daher einen Durchschnitt aus den Früchten der beiden letzten Jahre sucht, unbeachtet zu lassen (vgl. v. Ramdohr Erfahrungen, Thl. 1. S. 510.) und sich dabei besonders auf die Worte der l. un. §. 9. C. de rei ux. act. (5. 13.) zu stützen, die in ihrer Allgemeinheit jedoch die genauere Bestimmung der l. 7. §. 1. D. solut. matr. (24. 3.) nicht aufheben können.

Pachter schon fällig seyen vor der Trennung der Ehe; sondern der Mann soll auf die Zeit der Dauer der Ehe im letzten Dotaljahre an den Früchten allerdings Theil [1]) nehmen (fructus toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus). — Wenn nun der Mann als Verwalter des Heirathsgutes in dem unterbrochenen letzten Dotaljahre die Aernte eines der Dotalgrundstücke oder andere unmittelbare Fruchterhebung gar nicht selbst ziehet; sondern wenn dafür Pachtgelder von einem Pachter der fruchttragenden Dotalsachen gezahlt werden: so bekommt der Mann, die Zahlung des Pachtgeldes mag früher oder später geschehen, davon seinen verhältnißmäßigen Antheil, einfach berechnet nach der Zeit der Dauer der Ehe [2]) im letzten Dotaljahr, und es ist dabei gleichgültig, wie kurz vor dem Ende der Ehe das Pachtjahr angefangen hat. Wenn jedoch der Mann eine Aernte innerhalb des letzten und unterbrochenen Dotaljahres in eigener Bewirthschaftung gezogen, sodann aber die abgeärnteten Dotalsachen verpachtet hat: so versteht sich hiernach zwar von selbst, daß er nicht die ganze Aernte und dann außerdem noch die ihm zufallende Rata des Pachtgeldes erhalten könne; denn er würde dann sogar mehr Früchte bekommen, als auf das vollaus dauernde letzte Dotaljahr gefallen wären. Aber das Röm. Recht will auch, daß er von der, im Verhältniß zur letzten Aernte, vielleicht beträchtlich vortheilhafter geschehenen Verpachtung einigen Vortheil, desgleichen daß die Frau von der im Verhältniß zur nachherigen Verpachtung vielleicht ergiebiger gewesenen letzten Aernte ebenfalls angemessenen Nutzen ziehe, und hat daher festgesetzt, daß die beiden Aernten des vor-

1) l. 7. §. 9. D. solut. matr. 2) l. c. §. 2. 3.
(24. 3.)

letzten und des letzten Jahres in diesem Falle (wo also die des letzten Jahres durch das Pachtgeld repräsentirt wird) zusammen in Berechnung kommen (confundi), damit ein Durchschnittsertrag [1]) gefunden werde. Dieses wird dann als Aernte des letzten Dotaljahres angenommen und dem Manne davon nach Maßgabe der Zeit des Ehebestandes in diesem Jahre der Fruchttheil bezahlt. Sind mehrere fruchttragende Dotalsachen, welche zu verschiedenen Zeitpuncten die Einkunft geben, vorhanden: so muß jede einzelne Art besonders berechnet werden. — Es ist auch bei der Berechnung der Theilung der Dotalfrüchte überhaupt nicht nöthig, daß die von Zeit zu Zeit wiederkehrende Fruchtperiode ein Jahr betrage. Sie kann mehr oder weniger betragen, Letzteres, wo zwei Aernten im Jahre möglich seyn sollten [2]); Ersteres, wenn z. B. nach einer fünfjährigen Pachtzeit noch eine außerordentliche Mehrpacht stipulirt [3]) worden ist, oder wenn der Abtrieb haubarer Waldung erst nach einer Reihe von Jahren wiederkehrt [4]). In solchen Fällen einer kürzern oder längern Fruchtperiode, wird dann nicht nach Dotaljahren, sondern nach den, solchen kürzern oder längern Zeiträumen entsprechenden, Dotalperioden gerechnet [5]). — In allen Fällen der Theilung der Früchte ist ganz gleichgültig, ob der Mann oder die Frau die Früchte percipirt habe.

1) l. c. §. 1. und S. 000. Note 1. — Uebrigens kommen immer nur zwei Perioden der Fruchtbringung, eine vorletzte u. letzte, in Betracht; und von einer dritten kann gar nicht die Rede seyn.

2) l. c. §. 6.

3) l. c. §. 8.

4) l. c. §. 7.

5) Namentlich ist dahin auch die Periode zu rechnen, in welcher das zum Heirathsgut gehörige Zuchtvieh regelmäßig Junge bringt. Die Schur der Schafe gehört zum Jahresertrag. l. c. §. 9.

5. Bekenntniß über den Empfang der Dos 1).

§. 688.

Die Rückforderung der Dos wird im Leugnungsfalle, daß der Gegenstand dotal inferirt sey, zu dem Beweise dieser Sätze führen. Der volle Beweis der Illation der Dos wird nun in allen denjenigen Fällen durch eine Handschrift des Mannes geführt werden können, in denen nicht der Verdacht einer Parteilichkeit desselben für das Interesse der Frau (welches er natürlicher Weise, dem seiner Gläubiger vorziehen zu wollen, vermuthet werden darf), noch eines eigenen Vortheiles für den Mann aufsteigen kann; denn da der Letztere in seinem Concurse den Nießbrauch an der Dos seiner Frau nicht verliert: so zieht er in solchem Verhältnisse wesentlichen Nutzen davon, deren Heirathsgut, soviel möglich, groß darzustellen. — Das schriftliche Bekenntniß des Mannes, daß die Frau eine gewisse Dos ihm inferirt habe, wenn es gegen den Mann oder dessen Erben als Beweisurkunde gebraucht wird, beweiset: a) wenn es mit gehöriger Bestimmtheit der Quantität und Qualität in dem Testamente des Mannes enthalten war, gegen die Erben aus diesem Testamente vollständig ohne einen Gegenbeweis zuzulassen 2). b) Ist das Bekenntniß in Ehepacten geschehen, welche vor Vollziehung der Ehe errichtet worden: so beweiset es innerhalb der Frist der exceptio non numeratae dotis (s. unten) gegen den Mann und gegen dessen Erben nichts, sofern nicht außer jenem Bekenntnisse noch eine besondere Quitung des Mannes über den Empfang des Heirathsgutes oder irgend eine spätere

1) v. Glück Pand. Bd. 25. §. 1239. und Bd. 27. §. 1278.

2) l. 1. §. 8. l. 6. pr. l. 8. D. de dote prael. (33. 4.)

Anerkennung hinzukommt [1]). c) Ist das Bekenntniß des Mannes aber in den nach Eingang der Ehe errichteten Ehepacten enthalten: so giebt es gegen den Mann und dessen Erben einen vollen Beweis [2]). — Wird aber die Empfangsbescheinigung oder das Bekenntniß im Testamente des Mannes gegen den Gläubiger gebraucht, um die Illation der Dos zu beweisen, die aus dem Concurse desselben herausgezogen werden soll: so beweiset die Urkunde wegen der oben berührten Parteilichkeit in der Regel nichts, wenn gleich sie gerichtlich aufgenommen oder ihr Inhalt eidlich bekräftigt wäre [3]). Jedoch wird die Urkunde durch Umstände, z. B. die gute Vermögenslage des Mannes zur Zeit der Ausstellung, der Beweis der Dosfordernden gegen die Gläubiger oft sehr unterstützt, so daß beim Zusammentreffen der günstigsten Verhältnisse selbst der Beweis für geführt erkannt, und den Gläubigern nur der Gegenbeweis nachgelassen werden muß. — Gegen jenes Bekenntniß kommt nun oft die Einrede und Klage der nicht wirklich erhaltenen Dos in Betracht, welche unser Rechtsbuch dos cauta non numerata nennt. Unter dos cauta versteht das Röm. Recht die in einer vor Eingehung der Ehe aufgesetzten schriftlichen Erklärung vom Bräutigam quitirte, aber noch nicht ausgezahlte Mitgift. Da man annahm [4]), der Bräutigam lasse sich zu dieser Quitung theils in Hoffnung beschleunigter Hochzeit, theils in gewisser Erwartung künftiger Aushändigung leicht bewegen: so gab

1) l. 3. C. de dote cauta non num. (5. 15) Nov. 100. c. 1. 2. — l. 4. l. 14. §. 1. C. de non num. pecun. (4. 30.)

2) Hofacker princ. jur. c. Tom. I. §. 448. et not. b.

3) Denn einem Dritten kann der Eid keinesfalls zum Schaden gereichen, c. 19. X. de jurejur. (2. 24.) arg. l. 1. pr. D. si mulier ventr. nom. (25. 6.)

4) l. 3. C. de dote caut. n. num. (5. 15.)

man ihm sowohl das Recht, gegen den Rückfordernden diese Quitung für ungültig auszugeben, exceptio non numeratae dotis, wenn er belangt wurde, — als auch die Befugniß, auf wirkliche Auszahlung der Dos, seiner Quitung ungeachtet, zu klagen, querela non numeratae dotis. Wegen der Principe dieser Rechtsmittel ist im Allgemeinen auf die exceptio und querela non numeratae pecuniae [1]) beim Darlehn zu verweisen (s. §. 452.). Auch hier ist die Einrede des Nichtempfangs keine wahre Einrede, sondern ein wahres Leugnen; also muß die Illation immer auf andere Art erwiesen werden, wo die exceptio oder querela non num. dotis stattnehmig ist. Während der Ehe kann sich der Mann derselben ohne Beschränkung auf eine gewisse Zeit [2]) bedienen; aber wenn die Ehe geendiget ist, verliert er das Recht zum Gebrauche dieser Rechtsmittel binnen einer gewissen Zeit, wenn er sie nicht anwendet, und der Empfangschein beweiset dann unumstößlich [3]). Der Zeitraum ist aber nach Maßgabe der Dauer der aufgehobenen Ehe verschieden. Hat diese zwei Jahr oder kürzer gedauert, so kann sich der Mann [4]) noch ein Jahr von ihrer Beendigung an der exceptio und querela non num. dot. bedienen; hat die Ehe über zwei Jahre gedauert, ohne zehn volle Jahre zu währen: so bleiben ihm die Rechtsmittel nur noch drei Monat [5]) vom Ende der Ehe an. Bei längerer Dauer der aufgehobenen Ehe kann er sie gar nicht [6]) gebrauchen. — Unwirksam

1) Auch hier ist statt der Querel eine Protestation beim Richter anwendbar. l. 3. l. 7. l. 14. §. 4. C. de non num. pec. (4. 30.)

2) Nov. 100. pr.

3) §. un. I. de literar. obl. (3. 22.) l. 14. pr. C. de non num. pec. (4. 30.) Nov. 100. c. 1. §. 2. Vgl. §. 452. Thl. 2. S. 186. und Note 2.

4) Nov. 100. c. 1. pr.

5) Nov. 100. c. 2. pr.

6) Nov. 100. c. 1. §. 1. Nur dem minderjährigen Aussteller des schriftlichen Bekenntnisses

ist eine dem Empfangsbekenntnisse eingerückte Entsagung auf die Einrede oder Querel des Nichterhaltenen, selbst wenn eidliche Bestärkung hinzuträte [1]). — Die Frage, wie der Nichtgebrauch, welchen der Mann von der Einrede der nichterhaltenen Dos gemacht, auf dessen Gläubiger wirke, wird in mehrfacher Beziehung von praktischem Interesse seyn. Da das Empfangsbekenntniß des Mannes dessen Gläubigern überhaupt nicht als voller Beweis entgegengesetzt werden kann: so kommt für sie auch nichts darauf an, ob er die Frist, binnen welcher er die Exception oder Querel des Nichtempfangs hätte gebrauchen können, ungenutzt hat verstreichen lassen [2]). Da sie aber im Concurse des Mannes immer nur dessen Stelle vertreten (vor welchem sie, bloß wegen dessen möglicher Parteilichkeit für die Frau oder Arglist zu seinem eigenen Vortheile, den Vorzug haben, daß die Bescheinigung des Empfangs gegen sie überhaupt keinen Beweis macht): so können sie von der Frau, wenn diese als Liquidantin im Concurse gegen die Gläubiger des Mannes die Illation der Dos mittelst einer, falls nur gegen den Letztern gestritten würde, vollen Beweis gebenden Empfangsbescheinigung dargethan hat, nicht noch einmal einen andern Beweis fordern; sondern sind bloß mit dem directen und indirecten Gegenbeweise zuzulassen [3]).

ist diese Frist auf 12 Jahr erweitert. Nov. cit. c. 2. pr.

1) l. 16. C. de non num. pec. (4. 30.) v. Glück Pand. Bd. 12. S. 155. ff.

2) Pufendorf Obs. 4, 82. §. 8. Hofacker princ. jur. civ. Tom. I. §. 448. fin.

3) Pufendorf l. c. und auch Mevius Decis. P. 7, 355. — Ueber den Gebrauch der exc. n. n. dot. überhaupt in der Praxis vgl. noch Strube R. Bed. (Spangenberg'sche Ausgabe) Thl. 1. S. 69. Note *).

6. Gegenforderungen des Mannes.

§. 689.

Derjenige, welcher die Dos wieder herausgeben muß, kann oftmals Gegenansprüche geltend machen, und unter diesen ist A) zuerst die Wohlthat (beneficium competentiä §. 394.) zu nennen, welche dem Ehemanne, dessen Vater und Kindern [1]) zustehet, beim Restituiren nach getrennter Ehe nur soviel herausgeben zu müssen, als sie ohne Schmälerung ihres Lebensunterhaltes entbehren können. — B) Die Verwendungen, welche der Mann auf das Heirathsgut gemacht hat, müssen ihm zum Theil ersetzt und können dann von ihm in Abzug gebracht werden. Daß er aber die Verwendungen auf die gezogenen oder ihm noch zu Gute kommenden Dotalfrüchte nicht ersetzt erhält, versteht sich von selbst, da er ohne Bestellungskosten keine oder weniger Früchte gezogen haben würde [2]); wobei zu bemerken, daß zu solchen mit den Früchten zu compensirenden Kosten auch die regelmäßigen Grundabgaben und ähnliche Steuern [3]) zu rechnen sind. — Ersetzt werden müssen aber dem Manne: a) die nothwendigen und außerordentlichen Verwendungen [4]) auf die Sache, d. i. auf die Substanz der Sache [5]), nicht bloß

1) l. 12. l. 15. §. 2. l. 16. l. 18. pr. D. de re jud. (42. 1.) l. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (5. 13.)

2) l. 3. §. 1. l. 16. D. de impensis in res dotales factis. (25. 1.)

3) l. 13. D. eod.

4) Vgl. v. Glück Pand. Bd. 27. §. 1281. — l. 4. D. eod. Paulus: in totum, id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, judex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri. Sed hoc differt, quod factarum ratio habetur, etsi res male gesta est, non factarum, ita, si ob id res male gesta est. —

5) Auch die juristische Substanz. Daher Proceßkosten zu diesen nothwendigen und außerordentlichen Ausgaben gehören, l. 1. §. 3. D. eod.

zum Zwecke der Fruchtgewinnung gemacht. Denn wenn er diese Art der Verwendungen nicht machte und die Dotalsache litte wegen des Unterlassens derselben Schaden: so würde der Mann deßwegen von der Frau wegen Schadensersatzes belangt werden können. Dagegen werden die nothwendigen Verwendungen demselben bei Herausgabe der Mitgift auch dann ersetzt, wenn sie den von ihm beabsichtigten Nutzen nicht sollten hervorgebracht haben. — Uebrigens können gewöhnliche und unbedeutende [1]) Ausgaben, obwohl sie nothwendig sind, nicht in Anschlag gebracht werden, da man annimmt, sie seyen vom Fruchtgewinner zu übertragen [2]). — Um seine nothwendigen und außerordentlichen Verwendungen wiederzuerhalten, kann der Beklagte [3]) die Retention oder Compensation excipiren, sollte auch die Dos selbst dadurch wesentlich verringert werden [4]), wiewohl dadurch nicht die einzelnen körperlichen nichtfungibeln Dotalsachen, sondern bloß Geld und vertretbare Gegenstände vermindert werden können. Der Beklagte kann jedoch auch die Dos herausgeben und wegen seiner nothwendigen Verwendungen Klage erheben, entweder condictio indebiti wegen des Zuvielrestituirten, oder die actio negotiorum gestorum, oder im Falle wirklichen Auftrages die actio mandati [5]). — b) Hat der Beklagte nur nützliche Verwendungen zu fordern, so hat er die Einreden der Compensation [6]) und Retention niemals; sondern

1) l. 12. D. eod.
2) l. 4. l. 15. D. eod.
3) l. 5. pr. §. 2. D. eod. l. 56. §. ult. D. de jure dot. (23. 3.) — l. un. §. 5. C. de rei ux. act. (5. 13) ist nicht entgegen, vgl. mit dem spätern §. 37. I. de act. (4. 6.) Marani Parat. ad P. lib. 25. tit. 1.
4) v. Glück a. a. O. S. 396. ff.
5) l. 5. §. 2. l. 12. D. de imp. in res dot. (25. 1.)
6) Daß darum, wenn die Gegenforderung sofort liquide ist, factische Compensation derselben mit herauszugebendem Dotalgelde nicht eintreten sollte, leidet kei-

muß die Dos zuvörderst ohne Weiteres herausgeben, und hat dagegen bloß als Negotiorum Gestor oder Mandatar auf Ersatz zu klagen [1]). Die nützlichen Verwendungen müssen aber, wenn sie überhaupt in Betracht kommen sollen, nicht unverhältnißmäßig groß, oder sie müssen dem Manne von der Frau zu besorgen aufgetragen seyn [2]). — c) Verwendungen, welche bloß zur Verschönerung der Sachen dienen, ohne nothwendig oder nützlich zu seyn, kann der Mann gar nicht in Gegenforderung bringen [3]), auch wenn die Frau in deren Anlegung gewilliget hat; sondern er hat bloß das Recht der Wegnahme dieser Verschönerungen, sofern sie ohne Beschädigung des Gegenstandes oder ohne Verringerung des vorigen Werthes desselben (si modo recipiant separationem) geschehen kann. Will jedoch derjenige, welcher die Dos fordert, eine solche Wegnahme nicht erlauben: so hat der Beklagte die Befugniß, den Ersatz seiner Verwendungen [4]) zu fordern. Auch soll die Frau dem Manne das ersetzen, um wie viel höher sie die verkäufliche Sache wegen seiner Verwendungen veräußert [5]). — Die Retention wegen der res donatae und res amotae fällt jetzt weg, weil dafür besondre Rechtsmittel eingeführt sind [6]); auch ist das edictum praetoris de alterutro (daß nämlich die im Testamente des Mannes bedachte Wittwe entweder die daraus ihr zukommenden Vortheile oder ihre Dos wählen, eins von beiden aber aufgeben solle) im neuern Röm. Rechte nicht mehr in

nen Zweifel. Lauterbach coll. lib. 25. Tit. 1. §. 10.

1) l. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13.)

2) l. 8. D. de imp. in res dot. (25. 1.) l. 25. de pignor. act. (13. 7.)

3) l. 9. l. 11. pr. D. de imp. in res dot. (25. 1.) l. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13.)

4) l. 9. D. cit.

5) l. 10. D. eod.

6) l. un. §. 5. C. de rei ux. act. (5. 13.)

Anwendung [1]). — C) Zu den Gegenforderungen des Mannes gehöret außerdem noch, daß er begehren kann, der Kläger solle ihm die Bürden des Rechts abnehmen, oder die Verbindlichkeiten, welchen der Beklagte sich wegen der Dos unterzogen hat, also namentlich alle Contractsverpflichtungen, die er deßhalb eingegangen. Denn schloß er z. B. einen Miethcontract über Dotalsachen, so steht der Miethsmann mit ihm in Contractsverbindung, und der Mann hat seinerseits den Contract zu erfüllen. Giebt er die Dos zurück, so hat der Rückempfänger ihn auch von diesem Nexus zu befreien [2]), und der Mann braucht vor dieser Befreiung oder dem Versprechen, ihn zu vertreten, die Dos nicht herauszugeben.

7. Vindicationsrecht der Frau.

§. 690.

Nach dem ältern Rechte hatte die Frau wegen ihrer Dos, selbst wenn diese in einem Grundstücke bestand, eine bloße Forderung und wurde erst durch die auf dieselbe erfolgte Rücklieferung wieder Eigenthümerin der Dotalsachen [3]). Daher gingen sie nach des Mannes Tode zunächst auf seine Erben über [4]), und, welche Dotalgegenstände der Mann überhaupt veräußern darf, die durfte er auch noch auf seinen Todesfall, besonders mittelst letztwilliger Disposition, veräußern [5]). — Justinian aber gab in einer unzweideutigen Verordnung [6]) der Frau das Vindicationsrecht auf alle bei Beendigung der Ehe noch vorhan-

1) l. un. §. 3. C. eod.
2) l. 25. §. 4. l. 55. D. soluto matr. (24. 3.)
3) l. 7. §. 3. D. de jure dot. (23. 3.)
4) l. 1. §. 1. l. 2. §. 1. D. de fundo dot. (23. 5.)
5) l. 3. C. de jure dot. (5. 12.)
6) l. 30. C. eod.

denen, d. i. die nicht befugterweise veräußerten und nicht untergegangenen Dotalsachen. Es ist hieraus die nothwendige Folge zu ziehen, daß es keiner geltend gemachten Rückforderung und eingetretenen Retradition der Dotalsachen mehr bedarf, um das Eigenthum des Mannes an der Dos wieder auf die Frau übergehen zu lassen, sondern daß es ipso jure übergehet [1]). Aber nur die Frau und ihre Erben haben dieses Recht. — Auf res aestimatae geht es zwar ebenso, wie auf andre Dotalsachen, jedoch bei jenen nach dem unverkennbaren Zusammenhange der hier in Betracht kommenden Verhältnisse nur dann, wenn der Mann nicht zahlungsfähig ist (Vgl. §. 682.).

D. Von einzelnen Arten der Dos.

1. Vom *ususfructus dotis causa datus* [2]).

§. 691.

Sehr häufig kam im Röm. Rechte vor, daß zur Dos der Nießbrauch an einem Grundstücke gegeben ward. Hier unterscheidet das ausgebildete System fünf verschiedene Fälle, deren jeder seine Eigenthümlichkeit hat. Darin sind sie sich gleich, daß der Nießbrauch selbst, nicht erst die einzelnen davon zu ziehenden Früchte die Dos bilden, außer in dem Falle, daß der Geber selbst der Usufructuar ist [3]).

A) Die Dos besteht in dem Nießbrauche an einem Grundstücke, dessen Eigenthümer der Mann selbst ist. Die Ehe consolidirt dann die Servitut mit dem Eigenthum, diese hört also auf und der Mann nutzt als vollkommener Ei-

1) Cujac. ad tit. Cod. 5, 12. in Opp. T. 9. p. 486. — Hasse, rhein. Museum für Jurisprudenz. Bd. 2. S. 40.

2) v. Glück Pand. Bd. 25. §. 1230.

3) s. weiterhin unter E.

genthümer [1]). Der Tod der Frau hätte dem Nießbrauch, wenn der Mann sie nicht geheirathet, jedenfalls ein Ende gemacht, und bringt nun keinen Unterschied hervor. Eine Scheidung aber bewirkt, daß der Mann einen neuen gleichen Nießbrauch constituiren muß [2]). B) Wenn der Schwiegervater den ihm am Grundstücke seines Schwiegersohns zustehenden Nießbrauch diesem zur Dos giebt, so kann ihn der Vater nach dem Tode der Tochter zurückfordern [3]); im Uebrigen ist dieser Fall dem vorigen ähnlich. C) Giebt die Frau an einem ihr eigenen Grundstücke dem Manne den Nießbrauch zum Heirathsgute: so entsteht eine wahre persönliche Servitut. Durch Nichtgebrauch verloren, fällt der Nießbrauch der Frau als Eigenthümerin wieder zu, die dann aber nachmals nicht noch eine Klage auf Restitution der Dos geltend machen kann. Sollte aber das Grundstück während der Ehe an einen Andern verkauft und dann der Dotalnießbrauch durch Nichtgebrauch verloren seyn: so kann die Frau statt der Restitution ihr Interesse fordern [4]). Bewahrt der Mann den Nießbrauch bis an den die Ehe trennenden Tod der Frau, so behält er ihn auf Zeit seines Lebens; wird aber die Ehe durch Scheidung getrennt, so theilen sich beide Parteien die Früchte nach Maßgabe der Zeit des letzten Dotaljahres und der Nießbrauch geht dann wieder auf die Frau über [5]). Eigen ist noch das Verhältniß, wenn die Frau, die an ihrem Grundstücke den Nießbrauch dem Manne zum Heirathsgute

1) Verliert also den Nießbrauch auch nicht durch Nichtgebrauch, l. 78. pr. D. de jure dot. (23. 3.)

2) Denn der vorige war erloschen durch die Vereinigung mit dem Eigenthum. l. 78. pr. D. cit.

3) l. 78. §. 1. D. eod.

4) l. 78. §. 2. D. eod.

5) Wobei es einer eigentlichen Cession an die Frau nicht bedarf.

gegeben, das Eigenthumsrecht daran dem Manne selbst während der Ehe verkauft. Endigt die Ehe dann mit dem Tode des Mannes, so consolidirt sich Proprietät und Nießbrauch jedenfalls und die Erben des Mannes brauchen der Frau nichts wegen des Dotalususfructus herauszugeben; welcher Erfolg auch eintritt, wenn der Mann zwar nach Scheidung der Ehe, aber doch vor erhobenem Restitutionsprocesse stirbt. Leben aber die Geschiedenen beide, so fragt sich, ob die Frau dem Manne wirklich nur die kahle Proprietät verkauft, oder ob sie einen Preis des Grundstückes bedungen hat, welcher erweislich auf den Werth des Nießbrauches sich miterstreckte; — im erstern Falle hat sie allerdings das Recht, den Nießbrauch restituirt zu verlangen; im andern Falle zwar nicht, kann aber den Kaufpreis sogar schon während der Ehe fordern [1]). — D) Hat ein Dritter den Nießbrauch von seinem Grundstücke dem Manne als Heirathsgut für die Frau gegeben: so endigt sich die Servitut erst mit dem Tode des Mannes, wenn die Ehe nicht durch Scheidung getrennt wird. Damit aber die Geschiedene Vortheil von der Rückforderung dieser Dos habe, muß, wegen Unwirksamkeit der Cession beim Ususfructus [2]), entweder durch einen Scheincontract zwischen Mann und Frau oder durch eine andre Verabredung im Voraus festgesetzt werden, das Zusammenfallen der Servitut und der Proprietät zu vermeiden [3]). E) Hat die Frau einen ihr an einem fremden Grundstücke zustehenden Nießbrauch dem Manne als Heirathsgut zum Genusse überlassen: so bleibt sie die Usufructuarin und er

1) l. 78. §. 3. D. eod.
2) s. Theil 2. §. 295. S. 188. 189.
3) l. 66. D. de jure dot. (23. 3.) l. 57. D. solut. matr. (24. 3.) v. Glück Pand. Bd. 9. §. 634. S. 226. ff.

übt ihr Recht nur aus. Nach getrennter Ehe fordert die noch lebende Frau diese Ausübung für sich zurück [1]).

2. Von der åstimirten Dos [2]).

§. 692.

Wiewohl hin und wieder schon auf die Eigenthümlichkeit der åstimirten Dos hat aufmerksam gemacht werden müssen, bedarf diese wichtige Lehre doch noch einer besondern Betrachtung. — Aestimirte Dos kommt zwiefach vor; entweder wird sie dem Ehemanne für einen bestimmten Preis käuflich [3]) überlassen (aestimatio venditionis causa facta), oder, bloß zur Vermeidung eines Streites bei der nachmaligen Restitution, ihr Werth durch Schätzung ausgemittelt (aestimatio taxationis causa facta). Die wie zum Verkauf åstimirte Dos geht in des Mannes Eigenthum über, wie baares Geld, denn der geschätzte Werth ist das Heirathsgut geworden, abgesehen von den einzelnen Sachen. Der Mann wird dabei, ohne sich durch Restitution der Sachen befreien zu können, bloß Schuldner der Kaufsumme [4]). Es folgt daraus unbeschränktes Dispositionsrecht [5]) des Mannes über alle ihm mit solcher Aestimation übergebenen Sachen; und der Uebergang der Gefahr [6]) ohne Ausnahme auf ihn, sofern die Frau nicht

1) l. 7. §. 2. D. de jure dot. (23. 3.)

2) v. Glück Pand. B. 25. §. 1230. *b.* Geiger und v. Glück, Rechtsfälle. Bd. 2. Nr. 31.

3) Das Römische Recht sieht dieß Geschäft ganz wie einen Kauf an, l. 10. §. 5. D. de jure dot. (23. 3.)

4) l. 10. l. 69. §. 8. D. de jure dot. (23. 3.) l. 5. l. 10. C. eod. (5. 12) — Vom Vindicationsrechte der Frau im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Mannes auch bei der åstimirten Dos s. §. 690.

5) l. 11. D. de fundo dot. (23. 5.) l. 6. C. de usufr. (3. 33.) l. un. §. 15. C. de rei ux. act. (5. 13.)

6) l. un. §. 9. fin. C. eod. l. 10. pr. D. de jure dot. (23. 3.) l. 10. C. eod. (5. 12.) l. 8.

in Mora oder (außerhalb des gewöhnlichen Gebrauchs) Schuld an dem Schaden ist [1]). Da diese Dos von dem Manne gekauft, so zieht er auch alle Accessionen außer den Früchten [2]), und kann Evictionsleistung verlangen (s. §. 680.), — in welchem Falle das Evictionsquantum zur Dos wird. Sollte bei der Schätzung um des Verkaufs willen der Werth nicht hoch genug angegeben seyn, so tritt hier eine besondre Rücksicht auf das Interesse der Frau ein; denn kann sie die Unangemessenheit der Aestimation beweisen, so muß der Mann noch den bewiesenen höhern Werth bezahlen oder die Sache selbst herausgeben [3]). Auch dem Mann ist der Billigkeit wegen ein nochmaliger Beweis des richtigern (d. i. bei ihm, niedrigern) Preises nachgelassen [4]). — Die aestimatio, welche bloß taxationis causa geschieht, macht die Dos nicht zu einer ästimirten in Beziehung auf die bisher erklärten Folgen, sondern läßt im Ganzen die Regeln bestehen [5]), welche dann gelten, wenn der Mann individuelle Sachen zur Dos erhält und auch wieder abliefern soll. Durch diese bloß taxirende Schätzung will man nur auf allen Fall der Frau den Beweis des Heirathsgutes und seines Werthes erleich-

pr. D. de pericul. et comm. rei vend. (18. 6.) Hasse Culpa, Cap. 12. S. 555. ff.

1) l. 10. pr. l. 14. l. 15. D. de jure dot. (23. 3.) l. 53. §. 1. D. de don. int. V. et U. (24. 1.) l. 51. D. solut. matr. (24. 3.) Die Folgen des gewöhnlichen Gebrauchs trägt der Mann bei der ästimirten Dos, denn er hat für die Bedürfnisse der Frau zu sorgen.

2) l. un. §. 9. C. de rei ux. act. (5. 13.)

3) l. 12. §. 1. D. de jure dot. (23. 3.) Ist aber die Sache dann ohne Argliſt des Mannes schon untergegangen, so muß sie sich mit der ersten Aestimation begnügen; denn diese ist immer für sie ein Vortheil, da ohne dieselbe die Sache für die Frau nun ganz verloren wäre.

4) l. 6. C. solut. matr. (5. 18.)

5) l. 10. pr. §. 1. D. de jure dot. (23. 3.) Daher er auch nicht die Evictionsleistung wie bei der wirklich (zum Verkauf) ästimirten Dos verlangen darf (s. 680.) l. 69. §. 7. D. eod. l. 1. C. eod. (5. 18.)

tern; denn es könnte durch des Mannes Schuld untergehen oder verschlechtert werden [1]). Der Mann bleibt hierbei also in seinem Rechte, nur die Nutzungen der Dos zu ziehen, trägt die Gefahr des Zufalles nicht, und haftet bloß für dolus, culpa und diligentia quam quis suis [2]). Muß er hiernach Etwas ersetzen, so dient nun jene Taxation nur zum Maßstabe des Werthes der untergegangenen oder beschädigten Sache [3]). — Besondere Verabredungen können, bei der Schätzung der Dos zur bloßen Werthermittelung, eigene Folgen bestimmen, z. B. daß nach Trennung der Ehe entweder die Dos oder deren Werth herausgegeben werden sollte, — was dann so verstanden werden muß, als ob man verabredet habe, der Mann solle nach seiner Wahl die Dos, oder wenn er dafür lieber den Werth derselben gebe, diesen restituiren [4]). Letzteres muß er dann aber jedenfalls leisten, wenn er die Dos in Natur nicht zurückgeben kann [5]); braucht indessen bei solcher Verabredung einer freien Wahl die Verschlechterung der Sachen nicht zu ersetzen. — Man kann auch verabreden, daß der Mann die einzelnen Dotalsachen nach geendigter Ehe durchaus von demjenigen Werthe zurückgeben [6]) solle, zu dem sie der Werthausmittelung wegen bei Eingehung der Ehe ihm übergeben sind. Dann trägt der Mann jede Gefahr, ohne Rücksicht auf sein Verschulden und bekommt dagegen die Vortheile und den Zuwachs der Dos; denn er hat jedenfalls nur die unverschlechterten Sachen, und

1) l. 69. §. 7. D. eodem. Nur im Falle der unter Umständen möglichen Verwandlung der Dos kann der Mann auch in solchem Falle zum Schuldner einer bloßen Quantität werden. l. 52. D. eod.

2) l. 17. pr. D. eod.

3) l. 21. C. eod. (5. 18.)

4) §. 35. I. de act. (4. 6.)

5) l. 10. §. 6. l. 11. D. de jure dot. (23. 3.)

6) l. 18. D. de jure dot. (23. 3.) l. 66. §. 3. D. solut. matr. (24. 3.)

in Ermangelung des vorigen Werthes oder der Sachen selbst deren geschätzten Werth zu ergänzen oder zu ersetzen. — Die Frage, ob im Zweifel des Verkaufs oder der Werthausmittelung wegen die Dos geschätzt sey, ist von den Gesetzen auf das Bestimmteste [1]) dahin beantwortet, daß die Verkaufsschätzung vermuthet wird, wenn nicht die andere ausdrücklich [2]) verabredet ist; was auch schon in dem Geiste des Institutes liegt [3]).

3. Von der pränumerirten Dos.

§. 693.

Wird schon dem Bräutigam die Dos eingehändiget, so geschieht dieß entweder unter der resolutiven oder unter der suspensiven Bedingung, daß das Eheverband folge. Ob die eine oder andre gemeint sey, ist nach den Umständen zu entscheiden; im Zweifel aber ist sie für eine Resolutivbedingung anzusehen, da in der Regel die vorläufige Aushändigung der Dos nur unter der Voraussetzung der für gewiß gehaltenen Verbindung geschieht [4]). Ist die Bedingung also nicht suspensiv: so wird der Bräutigam Eigenthümer [5]) der abgelieferten Sachen und verjährt sie pro suo [6]), kann auch vor aufgehobenem Verlöbniß (ante nuncium remissum) der Klage auf Rückgabe der Dos

1) l. 3. D. locat. (19. 2.) l. 10. §. 4. 5. l. 16. l. 69. §. 7. D. de jure dot. (23. 3.) l. 5. l. 10. C. eod. (5. 12.) l. 10. C. de pactis. (2. 3.) l. 6. C. de usufr. (3. 33.) l. un. §. 9. fin. C. de rei ux. act. (5. 13.)

2) l. 69. §. 7. D. de jure dot. (23. 3.) l. 5. C. eod. (5. 12.)

3) pr. I. quib. alien. lic. (2. 8.) l. 7. §. 3. l. 8. l. 9. §. 1. fin. l. 75. D. de jure dot. (23. 3.) l. 47. §. ult. D. de pecul. (15. 1.) l. 13. §. 2. D. de fundo dot. (23. 5.) Hasse Culpa d. R. R. Cap. 12. S. 558.

4) l. 7. §. 3. D. de jure dotium. (23 3) Regel: „doti destinata non debebunt vindicari.“

5) l. 7. §. 3. l. 8. D. eod.

6) l. 1. §. 2. D. pro dote. (41. 9.)

die exceptio doli oder in factum entgegenstellen [1]). Die Früchte von der pränumerirten Dos, bevor die Ehe anfängt, gebühren nicht dem Bräutigam, sondern werden noch immer zur Dos gezogen und müssen also demnächst mit dem Pränumerirten restituirt werden [2]). Für die Frau entsteht bis zur wirklich eingegangenen Ehe kein privilegium dotis, sondern bloß ein privilegium exigendi [3]), und die Klage auf Zurückgabe ist nicht die actio dotis, sondern bloß die condictio causa data, causa non secuta. Bestellte ein Dritter eine solche Dos, ohne sich die Rückforderung zu bedingen (nicht receptitia): so hat die Braut diese condictio [4]). — Uebrigens kann auch der Bräutigam den ihm im Voraus abgelieferten Dotalfundus nicht veräußern [5]). — Ist bei der pränumerirten Dos eine Schätzung des Verkaufs wegen geschehen: so hängt die Perfectwerdung des Geschäfts vom Eintritt der Ehe ab [6]), der Bräutigam wird vorher nicht Eigenthümer der Sachen [7]), und kann also auch nicht eher verjähren [8]). Sollte dann die Ehe nicht folgen, so kann der Dotirende auf keinen Fall die bedingte Schätzung, sondern bloß die wirklich abgelieferten Sachen zurückfordern [9]), an denen der Bräutigam bloß dolus und culpa, aber nicht diligentia quam quis suis exhibet zu prästiren braucht [10]). Kommt es aber zur Ehe und es ist inzwischen ohne des

1) l. 7. §. 3. D. de jure dot. (23. 3.) l. 8. D. de cond. causa data (12. 4.): „in dotem — quamdiu pervenire potest, repetitio ejus non est.“

2) l. 7. §. 1. D. de jure dot. (23. 3.)

3) l. 74. D. eod.

4) l. 7. pr. D. de cond. causa data. (12. 4.)

5) l. 4. D. de fundo dot. (23. 5.)

6) l. 10. §. 5. D. de jure dot. (23. 3.)

7) l. 17. §. 1. D. eod.

8) l. 6. D. pro dote. (41. 9.)

9) l. 17. §. 1. D. de jure dot. (23. 3)

10) l. 10. §. 5. D. eod. Hasse Culpa d. R. R. S. 559. f.

Bräutigams Verschulden eine abgelieferte Sache beschädigt oder untergegangen: so gilt die Schätzung nur, soweit bei wirklich eintretender Ehe die Sachen noch vorhanden [1]) sind, unterdessen eintretende Verschlechterungen treffen aber den Bräutigam als damnum emtoris.

II. Von der donatio propter nuptias [2]).

§. 694.

Merkwürdig ist, daß die Lehre von des Mannes donatio propter nuptias an die Frau, ein Erzeugniß der Sitte und der nachhelfenden Gesetzgebung der Zeit der christlichen Kaiser und Justinians [3]), bisher nicht richtig verstanden zu seyn scheint und daher, soviel man weiß, in der echt römischen Gestalt in Deutschland nicht praktisch gewesen oder doch nur materiell, nicht formell bestehend ist [4]). Beruht hat die Röm. don. propter nuptias unstreitig nicht bloß auf einer willkürlichen und in einigen angeblichen Sonderbarkeiten sogar widersinnig scheinenden Gesetzgebung, sondern auf der Sitte der orientalischen und vielleicht noch mehr der gallischen und der germanischen Völker des römischen Reiches, daß nämlich die Frau als Braut oder zur Hochzeit von Seiten des Mannes beschenkt werden

1) l. 10. §. 5. D. cit. „quia nondum erat impleta venditio.“ l. 8. pr. D. de peric. et comm. rei v. (18. 6.)

2) v. Glück Pand.-Comm. Bd. 25. §. 1242. Burchardi im Archiv f. d. civ. Praxis. Bd. 9. Nr. 10. Zimmern Geschichte des Röm. Privatr. Bd. 1. S. 593 ff. Warnkönig im Archiv f. d. civ. Prax. Bd. 13. Nr. 1.

3) Justinian sagt, es sey die vor ihm ante nuptias donatio genannte donatio pptr. n. den veteribus prudentibus unbekannt gewesen und zuerst von den junioribus Divis Principibus eingeführt worden, §. 3. I. de donat. (2. 7.) Theophilus, paraphr. ibid.

4) Eichhorn deutsch. Privatr. 3. Aufl. §. 304. 305. v. Glück a. a. O. S. 308 ff. v. Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter. Bd. 2. Cap. 8. S. 65 ff. S. 73. S. 312. S. 317.

mußte, — einer Sitte, welcher die Gesetzgebung dann verschiedene festere Bestimmungen, besonders zum Besten der Frauen gab, und zwar in einer Zeit, wo man wieder aufmerksamer zu werden anfing, der Dissipation des Vermögens einige ökonomische Vorsicht in den Familien entgegenzustellen. Die don. p. n. ist eine durch Dasein und Größe eines Heirathsgutes bedingte Schenkung von Seiten des Mannes für die Frau, welche Gabe ihr oder den Kindern zu Gute kommen soll, in verabredeten, mit dem lucrum dotis vermuthlich stets correlaten Fällen, falls die Frau den Mann überlebt. Bis dahin bleibt die Schenkung im Vermögen des Mannes und die Frau erhält nur Sicherungsrechte daran, damit das Geschenkte im Eintretungsfalle demnächst wirklich vorhanden [1]) sey und ein durch dos und don. p. n. gemeinschaftliches Capital existire, von welchem die Famile im Falle der Noth anständig sich unterhalten könne, und hauptsächlich damit die Frau unter Umständen das Geschenk als solches gewinne. Es ist nun durchaus nicht zu bezweifeln, daß die don. p. n. jederzeit bei uns praktisch werden kann, wenn die Betheiligten sich dieses Instituts bei den Vermögensbestimmungen zwischen Mann und Frau bedienen wollen; auch daß materiell der don. p. n. gleiche Verhältnisse nach der römischen Theorie behandelt werden müssen.

Die Rechtsgrundsätze derselben nach der neuesten für uns gültigen Gesetzgebung der Römer sind: a) Ohne Dos kann es keine don. p. n. (antipherna) [2]) geben; nur die Frau, welche eine Dos inferirt oder doch (bei beweglichen Sachen) zur gerichtlichen Deposition angeboten hat, kann

1) l. 29. C. de jure dot. (5. 12.)

2) Gegenmitgift, dos mutua, a marito uxori data.

eine solche Gegenmitgift constituirt verlangen [1]). b) Die Frau soll dieselbe aber erst wirklich ausgehändigt erhalten oder lucriren [2]) in allen solchen Fällen, in welchen der Mann nach getrennter Ehe die Dos lucriren würde, wenn sie für ihn eingetreten wären. c) Deßwegen soll sie auch dem Heirathsgute an Größe gleich seyn und, bei dessen etwaniger Vermehrung, ebenso vermehrt werden; aber nie dasselbe übersteigen [3]). d) Der Mann oder auch ein Anderer kann diese Gegenmitgift bestellen [4]), und der Vater des Mannes muß sie für diesen [5]), wie eine Dos für die Tochter schaffen, der Sohn mag noch in väterlicher Gewalt seyn oder nicht. e) Eigentlich soll eine mehr als 500 Solidi übersteigende don. p. n. insinuirt werden; doch schadet das Unterlassen der Insinuation der Frau nicht, sondern bewirkt bloß, daß der Mann, falls er die Frau überlebt und die Dos zufolge der pacta dotalia lucriren würde, diesen Vortheil verliert [6]). f) Während der Ehe hat die Frau bloß eine gesetzliche [7]) Hypothek an der don. p. n. und diese bleibt übrigens in dem Besitz und Eigenthum und in der Benutzung des Mannes, nur darf er die Grundstücke, welche darin enthalten sind, weder verkaufen, noch verpfänden, noch sonst veräußern [8]). Die einmalige Einwilligung der Frau macht solche nichtige

1) Nov. 2. c. 5. Nov. 91. c. 2. Die don. pr. n. hat auch, wie die dos, zur unerläßlichen Bedingung die Existenz der Ehe. §. 3. I. de donat. (2. 7.)

2) l. 20. C. de donat. ante nupt. (5. 3.)

3) Nov. 22. c. 20. Nov. 97. c. 1. 2. Cujacius exposit. huj. novellae.

4) l. 19. l. 20. C. de don. ante nupt. (5. 3.) Nov. 119. c. 1.

5) l. 7. C. de jure dot. (5. 12. Dieß darf analog auch wohl auf die Mutter ausgedehnt werden in den Fällen, in denen sie die Tochter ausstatten muß.

6) Nov. 127. c. 2.

7) l. 12. §. 2. C. qui pot. in pign. (8. 18.) Nov. 109. c. 1. l. 29. C. de jure dot. (5. 12.) v. Glück Pand. Bd. 19. S. 127.

8) Nov. 61. c. 1.

Veräußerung nicht gültig, wohl aber bekommt sie rechtliche Geltung, wenn die Frau nach zwei Jahren eine von ihr bewilligte geschehene Veräußerung nochmals genehmigt, und alsdann daneben noch andre Vermögensstücke des Mannes die der Frau gegebene don. p. n. vollständig ersetzen können. — Verarmt der Mann, so kann die Frau (aber in keinem andern Falle) auch während der Ehe ausnahmsweise den Besitz der don. p. n. verlangen; soll aber nichts davon veräußern, sondern sie bloß zum Unterhalt der Familie benutzen. Sie kann in diesem Falle ihr gesetzliches Pfandrecht gegen die Gläubiger des Mannes schon geltend machen [1]). — Unbewegliche, vom Manne ungültig veräußerte Stücke der don. p. n. kann sie dann schon vindiciren [2]). — g) Nach Trennung der Ehe durch den Tod des Mannes erwirbt sie, wenn das lucrum donationis pr. n. aus den Ehepacten unmittelbar oder mittelbar für die Frau folgt, statt des vollkommenen Eigenthumsrechts nur den lebenslänglichen Nießbrauch daran, wenn Kinder aus der Ehe mit diesem Manne am Leben sind; jedoch an einem Kindestheile das Eigenthum, sofern sie nicht wieder heirathet. Die Kinder bekommen das Eigenthum am Ganzen oder wenn die Mutter nicht wieder heirathet, an ihren Theilen mit Ausnahme des Kindestheils der Wittwe [3]). Die Kinder sollen übrigens jedenfalls die don. p. n. der Mutter zu gleichen Theilen unter sich vertheilen, wenn sie auch sonst die Mutter zu ungleichen Theilen beerben [4]). — Hat die Wittwe keine Kinder aus der Ehe mit diesem Manne, so erhält sie das vollständige

1) l. 29. C. de jure dot. (5. 12.)

2) Nov. 61. c. 1. Nov. 22. c. 20. und argum. l. 29. C. cit.

3) Nov. 98. c. 1. Nov. 127. c. 3.

4) Soweit muß Nov. 22. c. 20. §. 2. hier noch als gültig angesehen werden.

Eigenthumsrecht an der don. p. n. — h) Trennt Scheidung die Ehe, so erhält die unschuldige Frau ihre Dos zurück und daneben auch die don. p. n.; letztere zum Eigenthum, wenn keine Kinder aus der Ehe da sind; sonst nur zum Nießbrauch als am Eigenthume der Kinder [1]).

III. Von den Paraphernen.

§. 695.

Paraphernen sind nach dem Wortverstande alle diejenigen Vermögensstücke, welche die Frau außer der dem Manne gegebenen Dos die ihrigen nennen kann [2]). Man versteht darunter auch oft in einem engern Sinne bloß diejenigen Paraphernen, welche die Frau dem Manne zur Verwaltung überlassen hat, das heißt, die sie nicht selbst zur eignen Verwaltung sich vorbehalten, und bezeichnet die vorbehaltenen dann mit dem Namen **bona receptitia** [3]). Da zwischen Dos und Paraphernen in den eigenthümlichen Folgen beider ein wesentlicher rechtlicher Unterschied vorhanden ist: so kommt oft viel darauf an, nachzuweisen, gewisse streitige Vermögenstheile seyen das erste oder seyen das zweite. Der thatsächliche Unterschied ist nicht immer leicht zu entdecken, da diejenigen, welche dem Manne Güter der Frau oder für die Frau übergeben, sich des ausdrücklichen Wortes Dos selten bedienen, noch

1) Nov. 22. c. 30.

2) l. 8. C. de pactis convent. (5. 14.) — res, „quas extra dotem mulier habet."

3) Bona receptitia im echten Latein scheinen keineswegs diese bona receptitia unsrer Rechtslehrer zu seyn (vgl. Gellius, Noct. Att. 17, 6.), sondern vermuthlich alle Paraphernen im Gegensatz des ins Eigenthum des Mannes übergehenden Vermögens der in die manus mariti kommenden Frau. Hasse das Güterrecht der Ehegatten nach Röm. R. §. 130. Schweppe Rechtsgeschichte. §. 402. Zimmern Gesch. des R. Priv.-R. Thl. 1. §. 156. Note 17. und §. 162. S. 592.

andere charakteristische Merkmale genau auszusprechen pflegen. In solchen Fällen ist allemal anzunehmen, daß der streitige Gegenstand Paraphernum [1]) sey, denn es versteht sich, daß auch vermögende Frauen unter Umständen wenig oder selbst nichts als Dos geben; Paraphernen sind aber ursprünglich immer vorhanden, wenn die Frau Vermögen hat. Nur was aus diesem in das Eigenthum des Mannes mittelst einer das bisherige Rechtsverhältniß des ihm übertragenen Vermögens abändernden Handlung wirklich übergehet und zu Bestreitung der Lasten der Ehe bestimmt worden ist, kann für Dos gelten. Da man nun keineswegs die Fortdauer seines Eigenthums zu beweisen braucht, so kann die Frau, wo gezweifelt wird, ob ein bestimmter Gegenstand dotal oder paraphernal sey, nicht genöthigt werden, zu beweisen, daß er zu den Paraphernen gehöre; vielmehr muß der Gegner beweisen, daß die Thatsache der Dotirung damit vorgenommen und dieser zufolge das Eigenthum auf den Mann übergegangen sey. — Hierin macht der Umstand auch gar keinen Unterschied, ob die Güter zu Anfang der Ehe oder erst nachher dem Manne zugebracht sind; denn weder wegen der mit dem Anfange der Ehe gleichzeitigen Zubringung kann man für die Dotalqualität präsumiren, noch bloß bei später Zugebrachtem die Paraphernalqualität annehmen. Auch

1) Man citirt für die entgegengesetzte Meinung l. 85. pr. D. de R. J. „In ambiguis pro dotibus respondere melius est.“ Allein einestheils erhellet hier gar nicht, daß von einem Zweifel über die Dotal- oder Paraphernalqualität eines Gegenstandes die Rede sey; anderntheils erklärt sich der Satz sehr leicht dahin, daß er heiße: in allen zweifelhaften Fällen, wo gegen das Interesse der Dos und für dasselbe entschieden werden zu können scheint, soll für dieß entschieden werden. Hiernach setzt die Stelle die Existenz der Dos schon voraus, und gehört mithin gar nicht hierher. H. G. Bauer comm. bona uxoris paraphernalia esse praesumenda (in ejusd. Respons. ad quaest. ex jure vario. T. 1. Nr. 1.).

macht die in der Ehe Statt findende, bloße Verwendung der Aufkünfte aus dem Vermögen der Frau zu Tragung der ehelichen Lasten, dieses Vermögen noch nicht zur Dos; da keineswegs bloß der Zweck, sondern die Eigenthumsübertragung an den Mann, die Dos als solche charakterisirt. — Die Paraphernen sind unbeschränktes Eigenthum der Frau, und der Mann hat die Verwaltung desselben nur dann, wenn und in wie weit die Frau sie ihm anvertrauet hat [1]). Diese hat also freie Disposition über solche Güter, ohne an die Einwilligung des Mannes gebunden zu seyn [2]). Doch ist keinem Zweifel unterworfen und allgemeinen Principen völlig entsprechend, daß die Frau dem Manne an ihren Paraphernen (vor der Ehe alle beliebigen) Rechte übertragen könne [3]), die dann nach der Verabredung zu beurtheilen sind. In der Ehe kann sie ihm solche Rechte nicht geben, welche eine Schenkung enthalten würden (s. §. 698. ff.) — Hat die Frau dem Manne die Paraphernen anvertrauet, ohne eine genaue Verabredung über den Inhalt und die Grenze seiner Rechte zu schließen: so sind diese aus dem Verhältnisse selbst zu beurtheilen. Also ist zuvörderst anzunehmen, daß in einem solchen Falle von Seiten der Frau das Eigenthum an den Paraphernen auf den Mann nicht übertragen [4]), daß ihm vielmehr bloß die Verwaltung anvertrauet sey. Der Mann

1) l. 8. C. de pactis conventis (5. 14.): „nullo modo, muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere.“ l. 17. C. de don. i. V. et U. (5. 16.)

2) l. 6. C. de revoc. donat. (8. 56)

3) Hat sie sich nicht verbindlich gemacht, die übertragenen Rechte nicht zurückzunehmen, so kann sie nach Belieben widerrufen. l. 11. C. de pact. conv. (5. 14.): „habeat mulier ipsa facultatem, si voluerit, — et ipsas cautiones a marito recipere.“

4) l. 9. §. 3. D. de jure dot. (23. 3.): „quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur“ —.

kann also in solchem Verhältnisse die Paraphernen nicht für sich benutzen und er muß der Frau Rechnung ablegen [1]). Dabei macht es keinen Unterschied, ob ihm die Paraphernen vor oder in der Ehe übergeben sind; wohl aber hat er, wenn ihm in den Ehepacten ausstehende Capitale aus dem Paraphernalgute zur Verwaltung überwiesen worden, das Recht, die Zinsen für sich und die Frau zu verwenden, auch die Capitale selbst zu kündigen und einzuziehen [2]). Gegen den Willen der Frau darf er bei der Administration nicht handeln [3]), und soll eingezogene Capitale aufbewahren [4]). Im Uebrigen darf er ein Paraphernum, dessen Eigenthum ihm nicht übertragen worden, nicht veräußern. Willigt aber die Frau ein, so handelt er als ihr Mandatar [5]) und veräußert dann vollkommen gültig. Es würde ganz irrig seyn, die Lehre von der Unveräußerlichkeit des Dotalgrundstückes hier analog anwenden zu wollen, bloß wegen des Nutzens der Frau; denn eine so einzelne Gesetzesbestimmung kann nicht weiter ausgedehnt werden [6]). — Welche Culpa nun der Mann bei Behandlung der Paraphernen seiner Frau zu leisten habe, wird sich danach richten, ob er Auftrag zu bestimmten Geschäften erhielt; dann haftet er wie Mandatar für omnis culpa (§. 485.), sonst nur für diligentia quam quis suis [7]). Die Frau kann ihn unter Umständen sowohl mit der Reivindication, als mit der Condiction, als mit der actio mandati oder actio depositi belangen [8]).

1) l. 95. pr. D. ad l. Falcid. (35. 2.)

2) l. 11. C. de pact. conv. (5. 14.)

3) l. 8. C. eodem.

4) l. 11. C. eod.

5) l. 165. D. de R. J. (50. 17.) Denn die Frau kann selbst alieniren, folglich die Veräußerung auch durch einen Andern besorgen lassen.

6) Wernher Obs. for. p. 8. obs. 436.

7) l. 11. fin. C. de pact. conv. (5. 14.)

8) l. 9. §. 3. D. de jure dot. (23. 3.)

IV. Von den Ehepacten.

§. 696.

Verträge über die Schließung der Ehe und die daraus entspringenden persönlichen und Vermögensrechte heißen Ehepacten [1]), pacta nuptialia oder dotalia. Die nuptialia auf die Schließung der Ehe nebst den persönlichen Verhältnissen, die dotalia auf das Vermögen ausschließlich zu beziehen, wie von den Neuern geschieht, ist unrömisch. — Sie folgen den allgemeinen Principen der Verträge und können namentlich sowohl vor als nach Eingehung der Ehe abgeschlossen werden; jedoch dürfen die in der Ehe abgeschlossenen keine Schenkung [2]) zwischen Mann und Frau enthalten, weil dergleichen verboten ist (s. 698.). An eine gewisse [3]) Form außer dem Eintritt der beiderseitigen Vereinbarung sind die Ehepacten nicht gebunden; vielmehr reicht jede einfache, selbst stillschweigende [4]) Einwilligung zu ihrer Perfectwerdung hin. Dieß folgt auch schon aus den Hauptgegenständen des Inhalts der Ehepacten. So weit sie nämlich ein Heirathsgut constituiren, ist ein einfaches Pactum hinreichend, da zur promissio dotis nach neuerm Röm. Rechte nichts weiter, als dieß, erfordert wird [5]); ist eine donatio propter nuptias darin enthalten, so tritt

1) §. 2. I. de hered. quae ab int. def. (3. 1.)

2) l. 22. l. 28. D. de pact. dot. (23. 4.)

3) Aus den allgemeinen Grundsätzen folgt aber, daß, wenn Ehepacten noch nebenbei ein überhaupt in allen Verhältnissen förmlich einzugehendes anderes Geschäft enthalten, dieß seine gehörige Form haben muß; z. B. eine donatio mortis causa, oder eine 500 Aurei übersteigende Schenkung unter Lebenden. Thibaut Pand.-R. §. 478.

4) Was bei Wiedereingehung einer getrennten Ehe in Hinsicht der früheren Eheverträge vorkommen kann, l. 13. l. 68. 69. §. 2. D. de jure dot. (23. 3.) l. 29. §. 1 de pact. dot. (23. 4.)

5) l. 6. C. de jure dot. (5. 12.) Vgl. §. 680.

die Regel ein, daß Schenkungen zur Klagbarkeit nur eines einfachen Pactes bedürfen [1]); ist endlich eine Restitution des Heirathsgutes in den Eheverträgen festgestellt, so entspringt mittelst wirklicher Entrichtung der dos ein contractus innominatus [2]). — Uebrigens setzen alle vor Eingehung der Ehe abgeschlossenen pacta nuptialia s. dotalia voraus, daß die Ehe wirklich erfolge; sind also unter der stillschweigenden Bedingung gemacht: „si nuptiae fuerint secutae“ [3]). — Daß dritte Personen aus den Ehepacten kein Recht erhalten können, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, und wird im Röm. Rechte noch besonders bestätigt [4]); jedoch ist es erlaubt und von rechtlichem Erfolge, daß Vater und Großvater, indem sie das Heirathsgut constituiren, den Rückfall desselben an die Frau und deren Kinder ausbedingen, — wodurch diese also eine Rückforderungsklage erhalten [5]). — Der Inhalt der pacta dotalia ist außer dem schon oben erwähnten Verbote der Schenkung unter Mann und Frau noch insbesondre in folgenden Hinsichten beschränkt: A) Das gesetzliche Wesen der Ehe darf durch sie nicht aufgehoben oder geschmälert werden (vgl. §. 639. 674. 675.), und selbst die eidliche Bestärkung eines solchen ungültigen Vertrags ist ohne rechtliche Wirkung [6]). B) Auch gegen die guten Sitten, d. i. gegen den von den Sitten anerkannten Anstand unter den Eheleuten, und gegen gesetzliche Ver-

1) Vgl. §. 501.

2) l. 1. C. de pactis conventis. (5. 14.) Vgl. §. 496.

3) l. 4. §. 2. D. de pactis. (2. 14.) l. 21. l. 68. D. de jure dot. (23. 3.)

4) l. 1. §. 1. l. 26. §. 4. D. de pact. dot. (23. 4.) l. 4. C. eod. (5. 14.) l. 19. l. 26. C. de jure dot. (5. 12.)

5) l. 45. D. solut. matr. (24. 3.) l. 7. C. de pact. dot. (5. 14.)

6) c. ult. X. de condit. appos. (4. 5.) c. 19. et 24. C. 27. qu. 2. — c. 1. c. 3. X. de conversion. conjug. (3. 32.) c. 24. X. de jurejur. (2. 24.)

bote [1]) überhaupt können Ehepacten nichts gültig verabreden. Der Begriff der boni mores bei den Römern war positiver [2]) als bei uns, so daß das Gegentheil der guten Sitten eine juristische Unmöglichkeit schien. Dahin gehört in vorliegendem Verhältnisse jeder Zwang, der hausherrlichem Rechte des Mannes Abbruch that, z. B. der Mann solle seinen Wohnsitz nicht ändern, solle von der Frau abhängen, bei der Restitution der Dos die Wohlthat der Competenz [3]) nicht erhalten. C) Ferner sollen namentlich die ehelichen Vermögensrechte der Frau [4]) sowohl, als des Mannes durch die Ehepacten nicht entkräftet werden. Daher kann nicht gültig in ihnen verabredet werden, daß die Frau während [5]) ihres Lebens in ihren Rechten irgend gefährdet oder geschmälert werde, z. B. daß die Dos bei ihrem Leben dem Manne oder dessen Erben zufallen [6]), daß sie zur gesetzlichen Zeit noch nicht zurückgefordert [7]) werden, oder daß der Mann bei den Dotalgegenständen nur seinen Dolus prästiren [8]), oder gesetzwidrig lucriren solle. Desgleichen darf auch des Mannes Recht durch die Ehe-

1) Z. B. daß beiden Theilen eine verbotene Schenkung erlaubt seyn solle. l. 22. l. 28. D. de pact. dot. (23. 4.)

2) Daß auch in den Ehepacten nicht verabredet werden darf, der Mann solle für die richtige Rücklieferung der Dos eine Bürgschaft stellen, — weil dieß ein unanständiges Mißtrauen gegen den Mann an den Tag legt, — ist ebenfalls charakteristisch, l. 1. l. 2. C. ne fidejuss. (5. 20.), jedoch erst späteren Römischen Rechtes.

3) l. 14. §. 1. D. sol. matr. (24. 3.)

4) Besondern accessorischen Vorzügen, als dem gesetzlichen Pfandrechte und sonstigen Vorrechten kann sie gültig entsagen, l. 11. l. 21. C. ad SCt. Vellej. (4. 29.) Meißner vom stillschw. Pfandrechte. §. 169.

5) Dagegen ist erlaubt, in den Ehepacten zu verabreden, daß der Mann auf der Frauen Todesfall das Heirathsgut lucrire.

6) l. 2. l. 12. pr. l. 26. §. 2. D. de pact. dot. (23. 4.) l. 3. l. 6. l. 7. C. de pact. convent. (5. 14.) v. Glück Pand. Bd. 27. S. 193. f.

7) l. 14 — 18. D. eod.

8) l. 6. D. eod.

pacten nicht entkräftet werden, wie z. B. durch einen Vertrag, daß er während der Ehe die Dos nicht bekommen [1]) und nicht benutzen, oder sie während der Ehe zurückgeben, oder seine nothwendigen Verwendungen darauf der gesetzlichen Bestimmung zuwider nicht erstattet erhalten solle [2]). D) Die pacta dotalia können auch an der gesetzlichen Gleichheit der Größe und des Erwerbes der dos und donatio propter nuptias nichts gültig verändern [3]), — eine Bestimmung, über welche die deutsche Praxis sich hinwegsetzt, weil sie das Institut der don. p. n. ganz verkannt hat (s. §. 694.). E) In den Eheverträgen darf nach Röm. Rechte (von welchem hierin das germanische [4]) sehr abweicht) nichts über die künftige Erbfolge der Ehegatten unter einander oder in Rücksicht dritter Erben festgesetzt werden [5]), so daß also der Begriff des Vertrags und der des letzten Willens hier scharf getrennt blieben.

V. Von den ehegesellschaftlichen Erwerbungen und Schulden.

§. 697.

Die Ehe ist in Rücksicht des Erwerbs und Verlustes keineswegs unbedingt der Societät zu vergleichen, jedoch in manchen Beziehungen ihr ähnlich. Erwerben Eheleute gemeinschaftlich Etwas, das heißt nicht: wird Etwas wäh-

1) l. 11. l. 12. §. 1. D. eod. l. 33. D. de pact. (2. 14.)

2) l. 4. l. 5. §. 2. l. 11. D. de pact. dotal. (23. 4.) l. 21. §. 1. D. de donat. int. Vir. et Ux. (24. 1.)

3) l. 9. l. 10. C. de pact. conv. (5. 14.) Nov. 97. c. 1.

4) Eichhorn deutsche St. u. Rechtsgesch. §. 455. Not. a. Dessen deutsch. Privatrecht. 3te Aufl. §. 347.

5) l. 16. D. de suis et legit. (38. 16.) l. 15. C. de pact. (2. 3.) l. 5. C. de pact conv. (5. 14.) l. 3. C. de collation. (6. 20.)

rend der Ehe von einem derselben erworben, sondern sind ausdrücklich oder der Natur der Sache nach beide die Erwerber, z. B. bei den Hochzeitsgeschenken, so haben beide einen gleichen Antheil daran. Erwerbungen des Einen gehören auch nur dem Einen. Daß hierbei jedoch die Frau dem Manne nicht gleich steht, ist schon oben gezeigt (§. 676.); denn ihre gewöhnliche Thätigkeit bereichert nur den Mann, nicht sie selbst. Wegen der Geschiedenheit des Vermögens beider Gatten im Röm. Rechte können sie über Vermögensverhältnisse, welche nicht schon gesetzlichen Bestimmungen unterliegen, gültig unter einander contrahiren, wie fremde Personen. Contrahiren sie, mit einander vereint, als eine Partei gegen einen Dritten; so sind sie diesem jeder zur Hälfte verpflichtet. Contrahirt bloß der Eine von ihnen mit einem Dritten: so haftet der andre Gatte gar nicht; welches nur dann eine Ausnahme hat, wenn die Frau contrahirt und das von dem dritten Contrahenten Geleistete zum Besten des gemeinschaftlichen Hauswesens des Mannes und der Frau verwandt worden ist. In diesem Falle haftet der Mann ebenfalls aus der **in rem versio**, denn ihm lag die Pflicht ob, die Kosten des gemeinschaftlichen Haushaltes zu bestreiten [1]). — Für die Primipilarschuld [2]) des Mannes, wenn er anders nicht zahlen kann, haftet die Frau, soweit ihre Dos reicht; — eine Bestimmung, welche ganz singulär ist [3]).

1) Arg. l. 82. D. pro socio. 17. 2.)

2) Vgl. §. 49. §. 362.

3) v. Glück Pand. Bd. 19. S. 73. (Note 87.) und S. 74.

VI. Von Schenkungen unter Ehegatten [1]).

A. Bedingungen der Ungültigkeit.

§. 698.

Schon in den ältesten Zeiten des Röm. Rechts [2]), und zwar vermuthlich wegen der conventio in manum bei der vollkommnen Römischen Ehe, war Schenkung unter den Ehegatten mehr juristisch unmöglich, als verboten; denn die Frau war in solchem Verhältnisse ähnlich der filiafamilias ihres Mannes, und konnte (da ohnehin die Lehre von den Peculien noch nicht ausgebildet war) weder durch ein Geschenk des Mannes bereichert werden, noch ihn durch eine Schenkung von ihrer Seite bereichern. Auch bei der freien Ehe galt dieser Grundsatz in Folge eigenthümlicher [3]) Römischer Ansicht vom Vorrange des Ehemannes. In spätern Zeiten gab man, Erklärung suchend, als Grund des Verbotes an, daß Verschwendung zu verhindern, dagegen nur Liebe, nicht Habsucht, unter den Gatten zu befördern sey [4]). — Das Verbot einer Schenkung unter Eheleuten beschränkt sich übrigens streng auf eigentliche Ehegatten, und auf eigentliche Schenkung unter Lebenden. Unter Brautleuten ist sie nicht verboten [5]), bis bei den Römern die Braut als Frau mit dem Manne [6]) zusammenlebte (ante quam domum deduceretur); für welchen

1) v. Glück Pand. Bd. 25. 26. zum Titel de don. inter V. et Ux. §. 1253. ff.

2) J. H. Boehmer de statu donationis inter virum et uxorem antiquo et hodierno. §. 6 — 26. (Ex. ad P. Tom. 4.) Vgl. jedoch Hasse Güterrecht der Ehegatten. S. VII — IX. S. 229 f.; desgl. Zimmern Rechtsg. §. 136. Thl. 1. S. 499. 500. §. 164. S. 598.

3) „Moribus receptum.“ l. 1. D. de don. int. V. et U. (24. 1.)

4) l. 1. 2. 3. pr. l. 31. §. 7. D. eod. Nov. 74. c. 4. fin. pr.

5) l. 27. D. eod. l. 1. §. 1. D. de donat. (39. 5.)

6) l. 66. D. de don. int. V. et U. (24. 1.) l. 6. C. de don. ante nupt. (5. 3.)

Zeitpunct bei uns wohl der Augenblick der feierlichen Willenserklärung oder der priesterlichen Einsegnung angenommen werden muß [1]). — Geschieht das Schenkungsversprechen ohne Tradition der Sache vor der Ehevollziehung: so muß dieß nach unserm heutigen Rechte als eine gültige Schenkung angesehen werden, da jetzt bloße Pacte regelmäßig klagbar sind; wenngleich im ältern Röm. Rechte die Schenkung ohne Tradition als pactum nudum nicht klagbar, folglich die erst in der Ehe bewirkte Vollendung der Handlung ungültig war [2]). So wie auch die Schenkung, welche nach getrennter Ehe unter den vormaligen Gatten eintritt, gültig ist, so bewirkt auch eine sich ergebende Ungültigkeit des Ehebandes, daß die Schenkungen zwischen dem für Ehegatten geltenden Paare gültig werden. Ist jedoch ein Vergehen bei dem scheinbaren Ehebande vorgefallen: so werden die darüber geltenden Gesetze nach den Umständen des einzelnen Falles bestimmen, ob das Geschenk, das an sich wegen Ungültigkeit der Ehe nun gültig werden würde, nicht confiscirt werden müsse [3]); auch wird zu

1) Vgl. §. 710.

2) l. 5. pr. D. de don. int. V. et U. (24. 1.) Die Schenkung vor der Ehe ist nicht verboten, das zu dieser Zeit gemachte Schenkungsversprechen ist folglich nach heutigem gemeinen Rechte zu beurtheilen (vgl. §. 499. 500.), und ist klagbar, wenngleich pactum nudum; aber die Schenkung in der Ehe war gänzlich verboten, bis die Oratio de confirmandis donationibus des Anton. Caracalla dieß Verbot zum Theil hob, und namentlich die Convalescenz (vgl. §. 700.) gesetzlich bestimmte. Diese Convalescenz setzte jedoch stets die alte vollendete Schenkung voraus, und selbst stipulatio ohne Ueberlieferung der Sache war nicht klagbar; weßwegen man auch heutigen Tags die Convalescenz bloßer Schenkungsversprechen nicht aus der gemeinrechtlich angenommenen Klagbarkeit der pacta folgern kann. Was mithin mit der oben aufgestellten Behauptung der Klagbarkeit des Schenkungsversprechens, das vor der Ehe gegeben ist, keinen Widerspruch bildet.

3) „Fas non est, eas donationes ratas esse; ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt.“ l. 3. §. 1. D. eod. conf.

beachten seyn, ob die Gültigkeit der Schenkung dadurch nicht wieder verschwinde, daß der Schenkende bloß deßwegen gab, weil er den Empfänger für seinen Gatten hielt. — Der Röm. Concubinat stand der Ehe im Schenkungsverbote nicht gleich. Der Mann durfte der Concubine schenken, wenn er nicht Militär war [1]). Wer eheliche Kinder oder entferntere Descendenten hatte, durfte der Concubine nur ein Vierundzwanzigtheil seines Vermögens schenken; jedoch ihr und den mit ihr erzeugten Kindern zusammen in solchem Falle ein Zwölftel [2]). — Da streng nur die Schenkung [3]) unter Lebenden den Eheleuten unter einander verboten ist: so ist die donatio mortis causa erlaubt [4]), um so mehr als sie bei Lebzeiten des Schenkenden Eigenthum oder andre Rechte auf den Beschenkten nicht überträgt [5]). — Auch rechnet man zu den Schenkungen, welche den Gatten unter einander versagt sind, nicht das Ausschlagen irgend eines Gewinnes [6]), welcher einem derselben von einem Fremden zufallen würde und den er zu Gunsten des andern Gatten ablehnt [7]);

l. 32. §. 27. 28. D. eod. l. 7. C. eod. (5. 16.) l. 4. C. de incestis. (5. 5.)

1) l. 2. C. de don. int. V. et U. (5. 16.)

2) l. 2. C. de natural. lib. (5. 27.) Nov. 89. c. 12. pr. et §. 2.

3) Schenkung einer Sache oder eines Rechtes ist jedoch mit Erlassung einer Forderung hierbei gleich, l. 5. §. 1. 6. 7. D. de don. int. V. et U. (24. 1.); mit Ausnahme der Remission eines Pfandrechtes, die als speciell erlaubt ist, l. 18. D. quae in fraudem cred. (42. 8.) l. 11. C. ad SC. Vellej. (4. 29.)

4) l. 9. §. 2. l. 11. §. 1. D. de don. int. V. et U. (24. 1.)

5) l. 11. pr. §. 9. D. eod.

6) Als Grund ist genannt: neque enim pauperior fit, qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. l. 5. §. 13. D. eod.

7) l. 5. §. 13. 14. l. 31. §. 7. D. eod. Es scheint dagegen l. 3. §. 13. D. eodem zu streiten; allein diese Stelle ist davon zu verstehen, daß der Beschenkte das Geschenk, welches er an seine Frau durch den Schenker geben lassen wollte, wirklich vorher schon angenommen hatte. Denn wiewohl daselbst donaturum steht, so

und man sieht sogar als eine solche erlaubte Ausschlagung das unterlassene Abziehen der Quarta [1]) an, welche ein zum Erben eingesetzter Ehegatte dem andern nicht herauszugeben gebraucht hätte (s. §. 905 und 936.). — Oftmals können verbotene Schenkungen unter andern Geschäften, welche zwischen Mann und Frau übrigens gültig verhandelt sind, factisch versteckt werden, und es fragt sich dann, ob dergleichen Handlungen gelten. Die Absicht zu schenken entscheidet dabei. Wenn der eine der Gatten durch solche Geschäfte zufällig Vortheil, der andere aber Nachtheil hat, ohne daß dieser jenem schenken wollte: so ist dieß nicht [2]) verboten. Was aber mit der Absicht, einander Etwas zu schenken, zwischen den Eheleuten verabredet wird, ist ungültig [3]).

Um zu verhindern, daß durch Mittelspersonen Schenkungen unter Eheleuten dennoch geschähen, ist die mittelbare Schenkung unter ihnen, wie die unmittelbare, verboten [4]). Dahin gehört auch der Fall, daß ein Gatte für den andern dem Gläubiger des Letztern bezahlt; oder daß ein Gatte seinen Schuldner anweiset dem andern Gatten zu bezahlen [5]); oder daß die Frau dem filiusfamilias ih-

kann dieß doch sehr wohl für eum, qui donavit, traditurum verstanden werden, und in dem jussero dare liegt deutlich, daß der Beschenkte schon das Recht erworben hatte, über die nun abzuliefernde Sache zu disponiren. Eben so ist l. 4. D. eod. zu erklären; desgl. l. 56. D. eod.

1) l. 5. §. 15. D. eod.

2) l. 7. §. 6. l. 31. §. 3. fin. D. eod.

3) l. 7. §. 5. 6. l. 32. §. 24. 25. l. 52. pr. D. eod. l. 38. D. de contr. emt. (18. 1.) Ist eine Sache zum Theil geschenkt, zum Theil verkauft, zum Theil einem Ehegatten, zum Theil einem Andern geschenkt: so besteht das Geschäft für den erlabten Theil, und wenn keine Trennung möglich ist, besteht es ganz. l. 5. §. 2. l. 31. §. 3. D. de d. int. V. et U. (24. 1.)

4) l. 5. §. 1. 2. D. eod. v. Glück a. a. O. Bd. 26. S. 3. ff.

5) l. 5. §. 4. l. 26. pr. l. 39. D. eod.

res Mannes, oder ein Gatte dem paterfamilias des andern, oder auch den unter derselben väterlichen Gewalt stehenden Blutsverwandten des andern in dieser Gewalt stehenden Gatten Etwas schenkt [1]). Ja sogar die beiden Väter, in deren Gewalt die Gatten stehen [2]), dürfen sich und dem Schwiegerkinde nichts schenken. — Eine Ausnahme von dem Verbote dieser mittelbaren Schenkungen macht es, daß Schenkungen, welche der filiusfamilias von der Gattin seines Vaters zum peculium castrense erhält, oder welche er ihr aus diesem Sondergute macht, gelten sollen [3]).

B. Folgen der Ungültigkeit.

§. 699.

Nach älterm Röm. Rechte war es gar keinem Zweifel unterworfen, daß die Schenkung zwischen Ehegatten an sich (ipso jure) und ohne Weiteres null und nichtig war [4]). Einige haben aber gemeint, daß dieß durch Caracalla [5]) geändert sey. Die von diesem Kaiser gehaltene oratio de confirmandis donationibus hat die frühere Strenge des Schenkungsverbotes zwar in einigen Beziehungen gemildert, aber keineswegs soweit, daß in den Pandecten nicht auch die ältern Lehren hätten gegeben werden können. Es ist nämlich [6]) die alte völlige Nullität geblieben, und nur bestimmt, daß das wegen dieser Nullität dem Erben und jedem Nachfolger des Schenkers

1) l. 3. §. 2. 5. 6. l. 32. §. 20. 21. D. eod.
2) l. 4. 5. C. eod. (5. 16.)
3) l. 3. §. 4. D. eod.
4) l. 3. §. 10. D. eod.
5) Vgl. dabei v. Glück Pand. Bd. 26. §. 1254. 1254 *a*. 1254 *b*.
6) l. 32. pr. §. 1. 2. et 25. l. 34. 35. D. de d. int. V. et U. (24. 1.) l. 5. l. 18. l. 20. C. eod. (5. 16.) nebst der bestimmten Erklärung in l. 3. C. eod. l. 6. pr. C. de secundis nupt. (5. 9.)

zuständig gewesene Recht der Revocation der Schenkung dann aufgehoben seyn solle, wenn der während der Ehe verstorbene Schenker vorher eine Reue nicht kund gethan hat, oder wenn das Geschenk consumirt und nicht als Bereicherung im Vermögen des Beschenkten befindlich war [1]). Mithin ist die Ansicht irrig, die verbotene Schenkung sey im neuern Röm. Rechte eigentlich erlaubt, und gelte, wenn nicht der Berechtigte auf Rescission klage. Sind also Sachen geschenkt worden, so ist deren Eigenthum auf den Beschenkten nicht übergegangen [2]), und ebensowenig der zur Usucapion nöthige Besitz [3]). Ist die geschenkte Sache dann noch vorhanden, wenn der Schenker sie zurücknehmen will: so hat er die Vindication [4]) gegen den Beschenkten und gegen jeden Dritten; selbst diejenigen Sachen sollen vindicirt werden dürfen, welche für geschenktes Geld eingekauft sind [5]). Sind die geschenkten Gegenstände nicht mehr vorhanden, so hat der Schenker deren Werth mit der condictio sine causa (oder auch ex injusta causa bezeichnet) zu fordern [6]), wiewohl nur soweit als der Beschenkte sich bereichert findet. Zinsen und Früchte können aber nicht gefordert werden, weil man diese nicht als Be-

1) Zimmern Rechtsg. Thl. 1. S. 600. 601. Sehr richtig setzt er hinzu: „im Grunde kann man sagen, es sey nunmehr jede einfache Schenkung unter Eheleuten gesetzlich in eine, von jeher zulässig gewesene, mortis causa donatio umgewandelt," obwohl ohne die letztere Form.

2) l. 3. §. 10. 11. D. de d. int. V. et U. (24. 1.) l. 18. C. eod. (5. 16.)

3) l. 1. §. 2. D. pro donato. (41. 6.) Wohl aber der übrige juristische. v. Savigny Besitz. 4te Ausg. S. 45. ff.

4) l. 5. §. 18. l. 33. §. 1. l. 36. pr. D. de d. int. V. et U. (24. 1.) Der Vindicant muß die nöthigen und nützlichen Verwendungen ersetzen, l. 31. §. 2. D. eod. l. 10. D. de doli mali et metus except. (44. 4.)

5) l. 55. fin. D. eod. Cujac. ad Paul. lib. quaest. 6. in expl. h. l. p. 1030. seq.

6) l. 5. §. 18. l. 6. l. 50. D. eod. l. 8. l. 17. C. eod. (5. 16.) Sollte der Beschenkte dolose seine Bereicherung verhindert haben, so wird er als bereichert angesehen, l. 37. D. eod.

reicherung [1]) aus dem Vermögen des schenkenden Gatten ansieht. Der Zeitpunct, auf den es bei der Beurtheilung der Bereicherung ankommt, ist der der Litiscontestation [2]). — Wenn der Ehegatte seinem Schuldner befiehlt, das schuldige Geld dem andern Ehegatten zu bezahlen: so ist dieß ebenso gut, als ob Jener es Diesem geschenkt hätte; folglich wird der Schuldner in solchem Falle liberirt und der schenkende Gatte hat gegen den beschenkten wegen Ungültigkeit der Schenkung die zustehenden Rechtsmittel [3]). Hatte jedoch der Ehegatte, welcher schenken wollte und deßhalb seinem Schuldner den Auftrag gegeben hatte, eine solche Zahlung vorzunehmen, diese Schenkung nachmals widerrufen, der Schuldner zahlte aber dennoch, weil er vom Widerruf nichts wußte, an den andern Ehegatten: so wird die Schuld eigentlich nicht aufgehoben, doch kann der Schuldner, wenn der ihn ursprünglich beauftragende Gatte dieselbe einklagen wollte, durch die doli mali exceptio sich schützen [4]). — Der Beweis [5]) der Schenkung unter den Ehegatten ist nicht auf beiden Seiten gleich schwer. An sich ist diese Schenkung eine Thatsache, welche nicht vermuthet wird und folglich bewiesen werden muß, wenn der andre Theil sie leugnet; es mag der Streit darüber bei der Zurückforderung des Geschenkes oder bei andern Gelegenheiten entstehen. Wenn die Frau nichtig geschenkt zu haben behaup-

1) l. 15. §. 1. l. 16. D. eod. Eben so, was der Beschenkte durch seinen eigenen Fleiß und Betrieb gewonnen hat. l. 17. D. eod.

2) l. 7. pr. §. 3. D. eod.

3) l. 3. §. 12. D. eod. v. Glück a. a. O. Bd. 26. S. 3. ff.

4) So ist mit der eben citirten l. 3. §. 12. D. eod. die l. 39. D. eod. u. l. 38. D. de solut. (46. 3.) in Einklang zu bringen. Cujacius ad Afric. tr. 7. ad. leg. 38. §. 1 de solution. (Opp. T. 1. p. 1422.) Gentilis de donation. inter Virum et Uxorem. Lib. 1. c. 22.

5) v. Glück a. a. O. §. 1258.

tet: muß sie den Beweis der anderseits geleugneten Schenkung auf dieselbe Art führen, wie jeder andre regelmäßige Beweis geführt wird. Wenn aber der Mann jene Behauptung gegen die Frau aufstellt: so steht ihm die praesumtio Muciana zur Seite [1]), d. i. die rechtliche Vermuthung, daß von den Sachen, welche die Frau, als in der Ehe erworben, detinirt oder in Anspruch nimmt, Alles, dessen sonstige anständige Erwerbung von der Frau nicht bewiesen wird, von dem Manne herrühren, also von ihm derselben ungültig geschenkt sind. Der Frau steht dagegen der Beweis zu, daß sie das, was der Mann oder dessen Vertreter von ihr wiederfordern, oder ihr nicht einräumen, auf eine andere anständige Weise erworben habe, oder daß es ihr vom Manne auf eine solche Weise geschenkt sey, welche keine Rückforderung zuläßt. Die heutige Anwendbarkeit der praesumtio Muciana ist nicht zu bezweifeln [2]). — Bei dem Beweise des rechtlichen und anständigen Erwerbs kommen aber der Frau allerdings auch Gegenvermuthungen zu Statten, z. B. der Umstand, daß sie selbstständig Handel getrieben, eine ehrbare Kunst ausgeübt, oder auf ähnliche kundbare und anständige Weise Vermögen erworben hat [3]).

C. Convalescenz der Schenkung.

§. 700.

In Folge eines zufälligen Umstandes kann die ungültige Schenkung zwischen Mann und Frau gültig werden.

1) l. 51. D. de d. i. V. et U. (24. 1.) l. 6. C. eod. (5. 16.)

2) J. H. Boehmer de collisione praesumt. c. 2. §. 9. (Ex. ad P. Tom. 4. Nr. 66.)

3) Leyser med. ad Pand. vol. 5. sp. 318. med. 1—3.

Dieß tritt ein, wenn der Schenker vor dem Beschenkten [1]) stirbt, ohne daß eine Reue des Erstern das Geschenk rückgängig [2]) gemacht hat. Kommen beide in gemeinschaftlicher Todesgefahr oder zu gleicher Zeit um, ohne daß man den Zeitpunct des Todes des Einen vor dem des Andern scharf beweisen kann: so wird vermuthet [3]), der Schenker sey vor dem Beschenkten verstorben. In den Fällen der Convalescenz der Schenkung zwischen Ehegatten durch den Tod des Schenkers ohne Widerruf gilt die Liberalität so [4]), als ob sie vom Augenblick der Thatsache der Schenkgebung an gegolten hätte, sofern sie nämlich nicht aus andern Gründen ungültig bleiben muß, z. B. wenn sie beim Uebersteigen der Summe von 500 Ducaten (s. §. 500.) nicht gerichtlich angezeigt worden ist. — Auch ohne gerichtliche Insinuation wird die Schenkung zwischen Gatten gültig, wenn sie im Testamente des Schenkers bestätigt wird; gilt dann aber erst vom Eintritt der Kraft des letzten Willens an [5]). — Es war bei den Römischen Juristen, wie bei uns noch heutigen Tags, streitig, ob die Convalescenz der Schenkung unter den Gatten sich nur auf die rerum donatio beziehe oder auch auf ein Schenkungsversprechen, und es wird gegenwärtig, neuerer Interpretationsversuche der Hauptstellen [6]) ungeachtet, als ausgemacht [7]) angesehen

1) Stirbt der Beschenkte vor dem Schenker, so bleibt die Schenkung nichtig, l. 1. §. ult. D. pro donat. (41. 6.) l. 6. l. 25. C. de d. int. V. et U. (5. 16.)

2) Der fortdauernde Wille, das Geschenk bestehen zu lassen, wird präsumirt, l. 32. §. 4. D. eod. (24. 1.) Uebrigens kann der Widerruf auch stillschweigend geschehen, z. B. durch Veräußerung oder Verpfändung der Sache, l. 32. §. 3. 5. D. eod. l. 12. C. eod. (5. 16.)

3) l. 32. §. 14. D. eod. vgl. Thl. 1. §. 61.

4) l. 32. §. 1. l. 59. D. eod. vgl. mit l. 11. §. 2 — 5. D. eod.

5) l. 25. C. eod. (5. 16.)

6) Wie v. Wening-Ingenheim, Civilr. 3te Aufl. 2ter Bd. S. 45. die Stellen l. 23. l. 32. §. 2. l. 33. pr. §. 2. D. eod. verstehen will.

7) v. Glück Pand. Bd. 25. S. 430 — 436 und Bd. 26. S.

werden können, daß nach der strengern Consequenz des Röm. Rechtes der bloß mit einem Schenkungsversprechen versehene Gatte, welchem der Gegenstand der Schenkung nicht tradirt worden war, gegen den Erben des Schenkers eine Klage auf Erfüllung nicht anstellen konnte; vielmehr war nun der Schenknehmer einer ihm vom schenkenden Gatten, der nicht widerrufen hatte [1]), wirklich abgelieferten Sache sicher, daß diese ihm vom Erben nicht wieder abgefordert werden konnte. Jedoch theils scheint klar, daß selbst die Römische Praxis dieser Theorie keineswegs treu blieb, da Justinian die Convalescenz auf bloße Schenkungsversprechen auszudehnen dem Rechtssysteme seiner Zeit (wenngleich in einer unglossirten Novelle) für angemessen hielt [2]); theils leidet die wiewohl bei dieser Lehre irrig [3]) angewandte Theorie von der jetzigen Klagbarkeit der pacta nuda und die danach gebildete praktische Ansicht in Deutschland nicht, daß man an der jetzigen Ausdehnung jener Convalescenz auf Schenkungsversprechen zweifle. Daß sich die Convalescenz auf Schenkungen beziehe, durch welche

104—122; vorzüglich aber Zimmern Gesch. des Röm. Privatr. Bd. 1. S. 602. 603. Sehr richtig bemerkt Letzterer, daß Thibaut in den civil. Abhandl. S. 106. 107. das recte bei putabat in l. 23. D. cit. übersehen habe, welches offenbar die ausdrückliche Billigung Ulpian's enthält, so daß die Stelle keineswegs als die Relation einer abgekommenen Meinung anzusehen ist. Vgl. auch oben §. 698. Note 2. auf S. 186.

1) l. 32. §. 4. D. eod. (24. 1.)

2) Wenngleich die Behauptung Einiger, daß auch ohne ein besonderes Gesetz, das über die Sache so wie die unglossirte Novelle 162. c. 1. entschiede, aus der aufgehobenen Nothwendigkeit der Tradition die Ausdehnung der Convalescenz folge, eine Inconsequenz ist (s. Zimmern a. a. O. S. 603. Note 37.): so dürfen doch die Worte Justinian's in jenem Novellencapitel als das Resultat des Zusammentreffens der damaligen Rechtsbestimmungen über diese und verwandte Materien angesehen werden.

3) Denn die l. 23. D. de don. int. V. et U. (24. 1.) giebt ja sogar der Stipulation keine Klagbarkeit unter solchen Verhältnissen.

Forderungen des Schenkers auf den Beschenkten vollständig transferirt werden, ist gar nicht streitig [1]). Auch geschenkte Renten oder successive Gefälle machten schon von der strengen Theorie der nur durch Erfüllung zulässigen Convalescenz eine Ausnahme, da sie nicht anders, als zur jährlich wiederkehrenden Zeit gezogen werden können [2]). — Aus der Convalescenz der Schenkung durch den Tod folgt von selbst, daß bei ausbrechendem Concurse des Schenkers die Concursgläubiger sie nicht anfechten können [3]); so wenig wie der Fiscus dieß kann, wenn er Nachfolger des verstorbenen Schenkers wird [4]).

D. Ausnahmen der Ungültigkeit [5]).

§. 701.

Von dem strengen Verbote der Schenkungen unter den Ehegatten, dessen Uebertretung in den meisten Fällen rechtlich nicht zur Sprache zu kommen pflegt, machen schon unsere Quellen mehrere der Convalescenz nicht bedürfende Ausnahmen, welche sich eintheilen lassen in Fälle, bei deren Eintritt entweder der Schenker nicht ärmer oder der Beschenkte nicht reicher wird; ferner in solche, welche eine gewisse juristische Nothwendigkeit, den Alimenten ähnlich, mit sich führen; und endlich in rein positive. A) Der Schenker wird nur dann ärmer durch das Geschenk, wenn dadurch sein bereits erworbenes Vermögen vermindert wird; der Beschenkte dagegen rei-

1) Darauf ist zu beziehen, was Ulpian sagt: ut et ipso jure res fiant ejus, cui donatae sunt, et *obligatio sit civilis*, l. 32. §. 1. D. eod.

2) l. 33. pr. §. 2. D. eod.

3) Bricht er beim Leben des Schenkers aus, so ist die Schenkung null. Thibaut Pand.-Syst. §. 435.

4) l. 1. C. eod. (5. 16.)

5) v. Glück Pand. Bd. 26. §. 1253.

cher, wenn die Schenkung dieses Letztern Vermögen vermehrt. Wenn also ein Gatte Etwas zu erwerben, was er selbst erwerben könnte, zu Gunsten des Andern [1]) bloß unterläßt: so wird zwar der Begünstigte reicher, der Unterlassende aber nicht ärmer, und folglich gilt [2]) eine solche mittelbare Schenkung. Dasselbe tritt ein, wenn einem Gatten durch das Geschenk des andern Kosten erspart werden, deren Verwendung den nun Beschenkten keineswegs reicher gemacht haben würde, z. B. wenn ein Gatte dem andern den Platz zu einem Begräbnisse (oder das Geld dazu) schenkt und dasselbe wirklich zum locus religiosus wird, also den Beschenkten nicht bereichert [3]). Ebenso gilt die Schenkung eines Gatten an den andern, wenn es in der Absicht gegeben und wirklich solcher Gestalt verwandt wird, daß dieser Letztere das Geschenkte sofort weiter verschenkt oder für Dritte verbraucht [4]). Aber der Beschenkte darf sich unter einem solchen Vorwande nicht mit dem Vermögen des Schenkers bereichern [5]). — Zu dieser Klasse erlaubter Schenkungen gehört auch der Fall, in welchem ein Gatte dem andern seine Schuld vor der Zeit des Fälligwerdens bezahlt, oder wenn er einem auf der Sache des andern ihm zustehenden Pfandrechte [6]) entsagt, sofern

1) l. 25. D. de don. int. V. et U. (24. 1.) Dahin gehört, daß der eine Gatte die ihm von einem Dritten zugesicherte Erbeseinsetzung dem andern Gatten zuzuwenden bittet; daß ein Gatte eine Erbschaft zu Gunsten des ihm substituirten oder ab intestato dann eintretenden andern Gatten ausschlägt; Ausschlagung eines Vermächtnisses mit ähnlichem Erfolg; oder wenn Jener eine fremde Sache, die er nicht selbst usucapiren kann, dem Andern schenkt. v. Glück a. a. O. S. 7. 39—47.

2) l. 5. §. 13. 16. D. eod.

3) l. 5. §. 8—12. D. eod. Dazu gehört auch der Fall, daß eine Frau dem Manne die Kosten zur Erwerbung und Führung eines Ehrenamtes schenkt (donatio honoris causa) l. 41. 42. D. eod.

4) l. 5. §. 17. l. 34. l. 49. D. eod.

5) l. 40. D. eod. l. 21. C. eod. (5. 16)

6) l. 11. C. ad SCtum Vellej. (4. 29.)

es nicht zum Betruge der Gläubiger des Schenkenden geschieht [1]). Ja sogar, wenn das Geschenk zu Anschaffung einer unnützen oder entbehrlichen Sache, welche der Beschenkte ohne das Geschenk sich nicht angeschafft haben würde, und die ihn also nicht reicher macht, verwandt worden, — gilt die Schenkung; wobei gleichgültig ist, ob das dazu geschenkte Geld zunächst zu etwas Nützlicherm verwandt, dann aber eine gleiche Summe vom Beschenkten aus seinem eigenen Vermögen für den unnützen Zweck verausgabt, — oder ob gleich anfangs die Absicht des Schenkers mit dem Geschenke erfüllt ist [2]). — Endlich müssen hier noch als erlaubt Gaben [3]) von Kleinigkeiten und übliche Gelegenheitsgeschenke, — Begriffe, welche nach Sitte, Umständen und besonders dem Vermögen des Schenkers relativ zu verstehen sind, — und remuneratorische oder sich ganz aufwiegende Gegengeschenke angeführt werden. Letztere compensiren sich, auch wenn der eine Theil consumirt, der andre die Sache aufbewahrt hat [4]). — B) Als den Alimenten ähnlich, sind erlaubt folgende Schenkungen: a) Wenn der Mann seiner Frau die Früchte des Heirathsgutes läßt, damit sie sich und die Ihrigen davon unterhalte [5]); diese Ueberlassung besteht sogar dann als gültiges Geschenk, wenn sie diese Früchte ohne eigentliches vorgängiges Schenken, indessen ohne daß der Mann es verhinderte, consumirt hat [6]) und dadurch nicht reicher geworden ist. b) Wenn ein Gatte dem andern an der Benutzung seiner

1) l. 31. §. 6. D. eod. (24. 1.) l. 18. D. quae in fraud. cred. (42. 8.)

2) l. 7. §. 1. D. de don. i. V. et U. (24. 1.)

3) l. 7. §. 1. l. 31. §. 8. 9. D. eod. Dergleichen galt nicht für wahre Schenkung.

4) l. 7. §. 2. l. 67. D. de don. int. V. et U. (24. 1.) Vgl. jedoch v. Glück a. a. O. Bd. 26. S. 195 ff.

5) l. 21. §. 1. D. eod.

6) l. 8. C. eod. (5. 16.)

täglich gebrauchten Sachen Theil nehmen, ihn von den Dienstboten bedienen, ihm durch diese Leute Arbeiten verrichten, oder den Gebrauch von Kleidungsstücken machen läßt [1]). Daß durch die erlaubte Gestattung des Gebrauches die Schenkung der Sachen selbst nicht mitverstanden werde, ist wohl zu beachten [2]). c) Gültig ist das Geschenk, welches der Mann der Frau mit den Kosten einer Reise macht, welche mit seiner Bewilligung oder um seinetwillen von ihr gemacht wird [3]). — C) Bloß in Folge positiver Gesetzgebung sind diejenigen Geschenke zwischen Gatten erlaubt, welche bestimmt sind zur Wiederherstellung [4]) eines Gebäudes, so wie die Geschenke zwischen dem Regenten und seiner Gemahlin [5]). — Eidliche Bestärkung [6]) kann eine ungültige Schenkung nicht gültig machen. Schenkungen auf den Todesfall oder auf den Fall einer bevorstehenden sonstigen Trennung der Ehe sind besondre bedingte Geschäfte, welche keine wahre Ausnahme von dem allgemeinen Verbote bilden.

VII. Vom Einfluß der Ehe auf den Diebstahl [7]).

§. 702.

Wenn ein Gatte den andern bestiehlt, so werden im Röm. Rechte die gewöhnlichen Diebstahlsklagen dem Bestohlenen gegen den Dieb nicht gestattet; sondern er muß sich,

1) l. 18. l. 28. §. 2. l. 31. §. 1. D. eod. Daß die Sachen durch den gestatteten Gebrauch viel schlechter werden, darauf kommt nichts an. l. 53. §. 1. D. eod.

2) l. 53. §. 1. D. cit. „easdem res non potest mulier sibi quasi donatas defendere ex illis verbis quibus donationes ei a viro legatae sunt.

3) l. 21. pr. D. eod.

4) l. 14. D. eod.

5) l. 26. C. eod. (5. 16.)

6) Vgl. v. Glück a. a. O. S. 203 — 205. Scipio Gentilis de don. int. Vir. et Uxor. (Opp. Tom. IV.) lib. 3, 26.

7) Noodt ad Pand. 25, 2.

je nach den Umständen, der actio rerum amotarum, oder der actio in factum, oder der Vindication, oder der condictio sine causa (hier eigentlich ex injusta causa) bedienen [1]). Diese actio rerum amotarum ist eine condictio [2]) und unterscheidet sich von der condictio furtiva im Wesentlichen nur dadurch, daß sie nicht ehrenrührig (turpis) ist [3]). — Während der Ehe hat der bestohlene Gatte, der Diebstahl mag vor oder in der Ehe geschehen seyn, auch die actio rer. amotar. nicht, sondern bloß die übrigen oben genannten Rechtsmittel [4]). Sobald aber die Ehe aufgehoben ist, hat der Bestohlene wegen einer vor der Eingehung der Ehe erlittenen solchen Entwendung die condictio furtiva [5]); aber wegen eines in der Ehe begangenen Diebstahls des andern Gatten, wenn dieser in Erwartung der Ehescheidung stahl und die Ehescheidung auch wirklich erfolgt ist, die actio rerum amotarum [6]). Diese hat unter solchen Umständen auch der Erbe des bestohlenen Gatten. Geschah der Diebstahl zwar während der Ehe, aber in Erwartung des Todes des Bestohlenen, die Ehe wurde aber dennoch durch Scheidung gelöset: so kann der Bestohlene [7]) sich der actio rerum amotarum utilis bedienen, sein demnächstiger Erbe aber bloß der hereditatis petitio oder der condictio ex injusta

1) l. 1. D. rer. amot. (25. 2.) Der Grund dieser Bestimmung wurde von den Römern selbst verschieden angegeben; jedenfalls sahen sie die actio furti zur Ehre der Ehe als eine nicht anwendbare an. Vgl. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. Thl. 1. §. 165.

2) l. 26. D. eod.

3) l. 1. l. 3. §. 3. l. 6. §. 4. l. 17. §. 2. D. eod.

4) l. 6. §. 5. l. 22. §. 1. l. 24. l. 25. D. eod. l. 2. C. eod. (5. 21.)

5) l. 3. pr. — §. 3. D. eod.

6) l. 6. §. 3. l. 17. pr. l. 25. D. eod.

7) Sofern dieser genesen ist und der Amovent nicht sogleich zurückgegeben hat, l. 21. pr. D. eod.

causa oder auch der actio ad exhibendum [1]). Hat der stehlende Gatte eine dem andern nicht gehörige, z. B. commodirte, Sache entwandt, so hat der Bestohlene auch während der Ehe die actio rerum amotarum; der Eigenthümer der gestohlenen Sache kann sich bloß mit der aus seinem Verhältnisse zum Bestohlenen an diesen allein halten, und hat nur, wenn Letztrer zahlungsunfähig ist, die actio furti gegen den Dieb [2]). — Wegen eines weder in Erwartung des Todes noch der Ehescheidung begangenen Diebstahls unter Gatten steht die act. rer. amotar. nie zu, sondern bloß die actio in factum, oder die condictio ex injusta causa, oder die Vindication, nebst der actio ad exhibendum. — Gegen den Entwendenden geht die act. rer. amot., als eine reipersecutoria, auf die entwandte Sache nebst Zubehör oder deren Werth, wobei dann die Wohlthat der Competenz (§. 395.) wegfällt [3]). Gegen die Erben des Diebes kann, wie man auch die Controvers über die Grenze der Verbindlichkeit der Erben hierbei nach Röm. Rechte entscheiden mag [4]), nach kanonischem Rechte nur bis auf den Bestand dessen, was er durch die Erbschaft bekommen hat, geklagt werden [5]). — Wegen eines nach getrennter Ehe von dem gewesenen Gatten begangenen Diebstahls am Vermögen des andern hat dieser alle gewöhnlichen Rechtsmittel [6]).

1) l. 6. §. 5. l. 21. pr. l. 22. §. 1. D. eod.

2) l. 22. §. 4. D. de furtis et s. c. (6. 2.)

3) Die Klage dauert 30 Jahr. l. 21. §. 5. D. rer. amot. (25. 2.)

4) Die Basiliken und der Scholiast zu denselben entscheiden, daß er wie bei der condictio furtiva hafte. Vgl. v. Glück Pand. Bd. 28. S. 13—24.

5) c. 3. Caus. 16. quaest. 6.; c. 14. X. de sepultur. (3. 28.) c. 5. X. de raptor. (5. 17.) c. 9. X. de usuris (5. 19.) c. 28. X. de sentent. excommun. (5. 39.)

6) l. 3. pr. D. rer. amot. (25. 2.) Thibaut System. §. 466.

Dritte Abtheilung.

Von den Rechten der Ehe in Rücksicht der Kinder.

§. 703.

In Rücksicht der Kinder bewirkt die Ehe die Legitimität, vorausgesetzt, daß a) die Mutter, wenn auch nicht, wie nach älterm Rechte, noch vor der Conception [1]), doch noch vor der Niederkunft rechtmäßige Ehefrau wird [2]); und b) der Ehemann der Vater ist, wofür eine Vermuthung [3]) streitet, wenn das Kind nicht vor dem 182sten Tage nach eingegangener [4]), und nicht nach dem 10ten Monate nach aufgehobener Ehe geboren wird [5]). Kommt nun das Kind hiernach zu früh zur Welt, so kann es nur durch freiwillige Anerkennung des Mannes zum ehelichen werden [6]); dagegen schadet demselben im umgekehrten Falle kein Beweis des Ehebruchs der Mutter [7]), kein Geständniß der letzten, das Kind sey von einem Andern [8]), wenn nicht der Ehemann den Beweis führt, daß er mit seiner Frau nicht concumbirte [9]). Uebrigens entscheidet die gesetzliche Frist vom 182sten Tage bis zum Verlaufe des 10ten Monates nicht schlechthin; wenn nämlich Kunstver=

1) l. 11. D. de statu homin. (1. 5.)

2) l. 11. C. de natur. lib. (5. 27.) Nov. 89. c. 8. §. 1.

3) Wenngleich diese Vermuthung durch den Beweis des Gegentheils — l. 6. D. de his qui sui vel al. (1. 6.) — entkräftet werden kann: so ist doch das sechzigjährige Alter des Mannes und eine deßhalb angeblich eintretende Zeugungsunfähigkeit bei diesem Gegenbeweise nicht in Betracht zu ziehen. l. 12. C. de legit. hered. (6. 58.)

4) l. 3. §. 12. D. de suis et legit. hered. (38. 16.)

5) l. 3. §. 11. D. eod. vgl. §. 59.

6) l. 11. C. de natur. lib.

7) l. 11. §. 9. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.)

8) l. 29. §. 1. D. de probat. (22. 3.)

9) l. 6. D. de his, qui sui v. alieni jur. (1. 6.)

ständige ein gebornes Kind, das der Regel nach nicht innerhalb dieser beiden Zeitpuncte gezeugt zu seyn scheint, dennoch als aus einer solchen Zeit herrührend erklären: so muß es als darin erzeugt angenommen werden; wogegen ein zwar nach dem 181sten Tage der Ehe gebornes, aber vollständig ausgetragenes Kind, als früher erzeugt anzusehen ist, wenn es von Kunstverständigen als länger, denn 181 Tage, getragen erklärt wird [1]). — Will der Mann das Kind seiner Frau nicht anerkennen, und der Beweis der Vaterschaft gegen ihn wird geführt: so soll das Kind nicht bloß für ein legitimirtes, sondern für ein eheliches angesehen werden. — Die Erklärung eines Mannes in seinem Testamente, daß eine genannte Person sein Kind sey, giebt den Beweis für deren legitime Abstammung von dem Testator bis zum Gegenbeweise [2]). Lebte die Mutter so schnell hinter einander in verschiedenen Ehen, daß das Kind aus beiden seyn kann, so hat dieses wohl die Wahl, welchen von beiden Ehemännern es als Vater in Anspruch nehmen will [3]). Ist die Legitimität begründet, so kann nicht nur das Kind selbst seine Kindschaft verfolgen, sondern auch die Mutter die actio de partu agnoscendo auf Anerkennung und Alimentation anstellen [4]). Ueber diese Klage vgl. §. 717. Die Klagen über die Kindschaft heißen bei den Neuern auf Seiten des Mannes actio de paternitate affirmativa, wenn er Vater seyn will, negativa, wenn er nicht Vater seyn will; auf Seiten der angeblichen Mutter actio de maternitate affir-

1) v. Glück Pand. Bd. 28. S. 109. ff.

2) Nov. 117. c. 2.

3) Ueber die Meinungen Anderer Alciati Parerg. IX. 12. v. Glück's Pand. Bd. 2. §. 116. S. 100.

4) l. 3. §. 1. D. de agnosc. et alend. liber. (25. 3.) l. 9. C. de patria pot. (8. 47.)

mativa oder negativa; auf Seiten des Kindes act. de filiatione affirmativa oder negativa.

Zweiter Abschnitt.

Von Eingehung der Ehe.

I. Von den Ehehindernissen.

A. Allgemeine Grundsätze.

§. 704.

Im Allgemeinen ist zwischen einem Manne und einem Frauenzimmer die Ehe möglich, sofern keine Hindernisse rechtlicher Art eintreten. Die Hinderungsursachen sind entweder absolute, d. i. solche, welche die Ehe des Verhinderten überhaupt und gänzlich, also mit welcher Person des andern Geschlechtes es auch seyn möge, rechtlich unmöglich machen; oder relative, d. i. die unter zwei bestimmten Personen ihres besondern Verhältnisses wegen die Ehe verbieten. Diese Ehehindernisse sind die um des öffentlichen Wohls willen bestimmten Gründe, aus denen unter gewissen Umständen eine Ehe nicht Statt finden soll. In der Regel wirken [1]) sie nicht bloß vor Eingehung der Ehe als auffschiebende; sondern machen auch die eingegangene Ehe nichtig als trennende Hindernisse. Sie

1) Als **impedimenta impedientia** werden aufgezählt: Verlöbniß mit Dritten, mangelnder Consens des Vaters, geschlossene Zeiten und Trauerjahr, Gelübde der Keuschheit, Verbot des Richters, mangelhaftes Aufgebot; als **impedimenta dirimentia** dagegen: körperliche Mängel, schon eingegangene Ehe, Ehebruch mit dem andern Theile, Entführung desselben, Vormundschaft, Religionsverschiedenheit, zu nahe natürliche Verwandtschaft oder Verschwägerung, bürgerliche und geistliche Verwandtschaft. Vgl. §. 705 — 707.

werden durch Ablauf der Zeit nicht weggeräumt [1]). Geht Jemand mit Hintansetzung der gesetzlichen Hindernisse eine Ehe ein, so bewirkt dieß gegen den schuldigen Theil Confiscation der dos und donatio propter nuptias [2]). Nur wenn eine unter gesetzlich verhinderten Personen beabsichtigte Ehe nicht zu Stande kommt, dennoch aber ein Heirathsgut oder donat. pr. nupt. constituirt worden ist, so findet ein Rückforderungsrecht des Gebers Statt [3]), der alsdann die condictio sine causa zu gebrauchen hat. — Die gesetzlichen Ehehindernisse sind jedoch zum Theil nur als die geltende Regel anzusehen, welche unter Umständen, bei denen das sie ursprünglich veranlassende Bedenken wegfällt oder wegzufallen scheint, von der competenten Behörde ausnahmsweise aufgehoben werden können, wenn die Betheiligten darum nachsuchen. Diese Aufhebung heißt Dispensation. Schon das Röm. Recht kennt eine Dispensation von einigen Ehehindernissen [4]). Sie ist vor der Eingehung der Ehe nachzusuchen, kann aber sowohl vor, als nach eingegangener Ehe erfolgen. Machte sich einer der Eheleute, welche ungeachtet des Daseyns von Ehehindernissen geheirathet haben, um die Eingehung der Ehe zu erreichen, eines Betrugs in Verheimlichung des Hindernisses schuldig: so kommt auf seinen Beitritt zur Nachsuchung der Dispensation nichts an; in allen andern

1) l. 38. §. 6. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.) l. 4. C. de incest. nupt. (5. 5.) J. H. Boehmer J. Eccl. Prot. lib. 2. tit. 27. §. 52.

2) l. 52. D. de ritu nupt. (23. 2.) l. 4. C. de incest. nupt. (5. 5.)

3) l. 5. D. de cond. sine causa (12. 7.) — „non tam „turpem causam in proposito, „quam nullam fuisse.“ — Weber von den nat. Verb. §. 77. Thibaut civ. Abhandl. Nr. 14. S. 332 ff.

4) l. 10. pr. D. de his qui not. inf. (3. 2.) l. 31. D. de ritu nupt. (23. 2.) l. 7. C. de interd. matr. (5. 6.)

Fällen bedarf es zur Nachsuchung der Dispensation der Einwilligung beider Gatten, welche ihre Ehe rechtsgültig zu sehen wünschen. Es ist aber, wenn die Dispensation erfolgt, keine neue Eingehung der Ehe nöthig [1]); auch hat sie zurückwirkende Kraft, so weit der Dispensirende diese ertheilt und ohne Verletzung der Rechte Dritter ertheilen kann. Bei der Dispensation von den Ehehindernissen [2]) wegen Blutsfreundschaft und Schwägerschaft pflegt sich der Dispensirende die Eheverbote des mosaischen Rechts als Grenze zu setzen. Wenigstens behaupten katholische Rechtslehrer, daß der Pabst beim Dispensiren soweit gehen könne, als nicht die mosaisch-göttlichen Gesetze im Wege stehen [3]); protestantische Landesherrn oder deren Consistorien pflegen, mit Ausschluß der geraden Linie der Verwandtschaft und Schwägerschaft, des sogenannten respectus parentelä und des ersten Grades der Seitenlinie, in allen übrigen Fällen zu dispensiren, da die Beobachtung der mosaischen Eheverbote dem Gewissen eines Jeden überlassen bleiben kann [4]). Ein Ehehinderniß, welches nach Eingehung der Ehe erst eintritt, kann die einmal eingegangene gültige Ehe nicht wieder entkräften [5]).

1) Vgl. jedoch Schott Einl. in d. Eherecht. §. 137. Note 1. J. H. Boehmer l. c. lib. 4. Tit. 14. §. 43.

2) Moses B. 3. Cap. 18. 20. 25. 27. B. 5. Cap. 25. J. H. Boehmer l. c. 4. tit. 14. §. 42—57. v. Glück Pand. Bd. 23. §. 1218, 1218 b. u. c. S. 210—312.

3) Conc. Trident. Sess. 24. c. 5. Anacl. Reiffenstuel jur. can. univ. T. 4. in app. de dispensatione. §. 1. J. V. Eybel introd. in j. eccl. cathol. p. 4. §. 366.

4) Wiese Kirchenrecht. §. 420. Walter Kirchenrecht. §. 164. §. 235. Sind die Parteien verschiedener Religion, so muß jede ihre geistliche Obrigkeit angehen. Schott a. a. O. §. 134. Note 3.

5) c. 6. 11. X. de eo, qui cogn. cons. ux. (4. 13.)

B. Einzelne Ehehindernisse.

§. 705.

Bei der Angabe der einzelnen Ehehindernisse sind zunächst zusammenzustellen: a) die noch fortdauernde eheliche Verbindung mit einer andern Person, denn gleichzeitige Polygamie ist unerlaubt [1]). Wer also in einer rechtmäßigen Ehe lebte, kann nicht eine zweite Ehe eingehen, bis die erste gänzlich und auf gesetzmäßige Weise getrennt worden ist. Er muß also, wenn die erfolgte, durch den Tod oder ein richterliches Urtheil bewirkte Trennung nicht notorisch ist, durch rechtlich überzeugende Beweise darthun, daß die frühere Ehe gänzlich aufgelöset worden ist. b) Die Unfähigkeit zum Beischlaf, weßhalb jedoch nur die Ehe der Unmündigen [2]) und Castraten nichtig ist [3]), aber nicht die der aus anderen Gründen Unvermögenden [4]), also nicht die der alten Leute [5]) oder die von einer Person auf dem Todbette geschlossene Ehe. c) Das Verbrechen der gewaltthätigen [6]) Entführung (crimen raptus), welches die Ehe zwischen dem Räuber und der Geraubten unmöglich macht, jedoch unbedingt nur nach

1) §. 6. 7. J. de nupt. (1. 10.) l. 2. C. de incest. nupt. (5. 5.) Ueber die Wirkung der Abwesenheit eines verschollenen Gatten (l. 6. D. de divort. (24. 2.)) bestimmen in Deutschland Particulargesetze oder Praxis. Vgl. v. Glück Bd. 24. S. 92 ff. u. Note 79. Hasse Güterrecht der Ehegatten. S. 27 — 29. — c. 19. X. de sponsal. (4 1.)

2) pr. I. de nupt. (1. 10.) l. 4. D. de ritu nupt. (23. 4.) l. 24. C. de nupt. (5. 4.) v. Glück Pand. Bd. 23. S. 142 — 148. c. 10. 11. X. de despons. imp. (4. 2.) J. H. Boehmer J. Eccl. Prot. lib. 4. tit. 2. §. 27.

3) v. Glück a. a. O. S. 148 ff. l. 39. §. 1. D. de jure dot. (23. 3) l. 14. §. 1. D. de manum. vind. (40. 2.) Boehmer l. c. lib. 4. tit. 15. §. 7 — 12.

4) c. 4. X. de frigidis. (4. 15.) Boehmer l. c. §. 3. 4.

5) l. 27. C. de nupt. (5. 4.) Hugo, civ. Mag. 2. S. 211 f. — Boehmer l. c. §. 4. 5.

6) Die Entwickelung dieses Begriffes s. bei Martin Crim.-R. 2te Ausg. §. 301.

dem Röm. Rechte [1]), während das kanonische Recht die Ehe dann erlaubt, wenn die freie Einwilligung der Geraubten erfolgt, also wenn die Geraubte entfernt vom Räuber einwilligt [2]). d) Der Ehebruch, aber nur nach dem Röm. Recht [3]), denn das kanonische erlaubt die Ehe, ausgenommen, wenn die ehebrecherischen Theile dem unschuldigen Gatten nach dem Leben trachteten, oder sich auf den Fall seines Todes die Ehe versprachen [4]). e) Religionsverschiedenheit; es sollen nämlich Christen und Juden einander nicht heirathen [5]). f) Vormundschaftliches Verhältniß [6]), weßhalb der Vormund, er sey tutor oder curator, gerens oder honorarius (bloß der protutor ist in dem Verbote nicht mitbegriffen) und derjenige, welcher als solcher haftet [7]), imgleichen wer von diesen Personen abstammt [8]), mit selbigen durch väterliche Gewalt verbunden ist [9]), oder sie beerbt hat [10]), die Pflegebefohlene

1) v. Glück Pand. Bd. 24. S. 22 — 42. l. un. § 1. C. de rapt. virg. (9. 13.) Nov. 143.

2) c. 7. X. de rapt. (5. 17.)

3) l. 13. D. de his quae ut indignis. (34. 9.) Nov. 134. c. 12.

4) J. H. Boehmer J. E. Pr. lib. 4. tit. 7. §. 1 — 6. c. 1. 3. 6. 7. X. de eo qui dux. in matr. (4. 7.) c. 1. X. de convers. infidel. (3. 33.) v. Glück Pand. Bd. 23. S. 442 ff., woselbst auch die Begriffe von adulterium nach Röm. Rechte und von adult. nach kanon. Rechte gehörig unterschieden werden. Das Röm. Recht verbot sogar jedem Dritten eine überführte und verurtheilte Ehebrecherin zu heirathen, damit dieß Verbrechen keine Begünstigung hätte.

5) l. 1. Cod. Theod. de nupt. (3. 7.) l. 6. C. de Judaeis. (1. 9.) Da die Ehe zwischen Rechtgläubigen und Ketzern (im Sinne der katholischen Kirche) schon nach R. Rechte nicht verboten war, l. 12. §. 1. l. 18. §. 1. l. 19. C. de heret. et Man. (1. 5.): so dürfte in deutschen Staaten, welche ein ganz allgemein gefaßtes Toleranzgesetz haben, selbst die Ehe zwischen Nichtchristen und Christen erlaubt seyn. Die Praxis scheint noch keine Gelegenheit gehabt zu haben, darüber zu entscheiden.

6) Pufendorf Tom. II. obs. 94. l. 15. D. de sponsal. (23 1.)

7) l. 60. pr. §. 1. 2. l. 67. §. 4 D. de ritu nupt. (23. 2.) l. 8. C. de interdicto matr. (5. 6.)

8) l. 66. pr. D. eod.

9) l. 67. §. 2. D. eod.

10) l. 64. §. 1. D. eod.

nicht eher heirathen kann, als bis die Vormundschaftsrechnung [1]) abgelegt, das Frauenzimmer majorenn geworden, und die jetzt vierjährige Zeit der der Pflegbefohlnen gegen die Handlungen ihres Vormundes zustehenden Restitution verflossen [2]); nur wenn die Aeltern bei Lebzeiten in die Ehe willigten oder ein Großvater als Vormund die Ehe zwischen der pflegbefohlenen Enkelin und einem andern seiner Enkel veranstaltet, fällt diese Prohibition weg [3]). — Den Mündel kann der Vormund jedoch ungehindert mit seiner Tochter verheirathen [4]); auch kann er selbst (oder sein Sohn) ohne Hinderniß die Tochter seiner Pupille oder Curandin [5]) ehelichen. — Die in diesem Paragraph abgehandelten Ehehindernisse lassen sich unter der Ansicht zusammenfassen, daß sie sämmtlich auf Grundsätze des öffentlichen Rechts sich zurückführen lassen [6]).

Fortsetzung.

§. 706.

Eine der wichtigsten Arten der Ehehindernisse ist die der zu nahen Blutsverwandtschaft, der Verschwägerung in bestimmten Graden und des rechtlichen Analogons der Verwandtschaft, der Adoption. Diese Klasse der Ehehindernisse

1) Tit. Cod. de interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem seu curatorem filiosque eorum. (5. 6.)

2) l. 59. l. 62. §. 2. l. 66. pr. D. eod. l. 6. C. de interd. matr. (5. 6.)

3) l. 36. l. 67. §. 1. D. eod. l. 6. in fin. C. de int. matr. (5. 6.) v. Glück Pand. 24. S. 59. 62. 65.

4) l. 64. §. 2. D. de ritu nupt. (23. 2.)

5) l. 67. §. 5. D. eod. l. 5. C. de interd. matr. (5. 6.)

6) Hierher gehört auch das in Deutschland durch die Praxis wohl abgekommene Hinderniß, welches einem Provinzialbeamten entgegensteht, der sich mit einer Provinzialin verheirathen will und nicht schon vor seiner Anstellung mit ihr verlobt war oder selbst aus dieser Provinz gebürtig ist; desgleichen seinem Sohne. l. 38. pr. §. 1. 2. l. 57. l. 65. l. 68. D. de ritu nupt. (23. 2.) l. un. C. si rector provinc. (5. 2.)

ist gleichsam von der Natur und den Sitten selbst vorgeschrieben. — a) Wegen Verwandtschaft [1]) verbietet das Röm. Recht die Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten ins Unendliche [2]), desgleichen mit Personen, welche in der Parentel (§. 644.) stehen [3]), und zwischen vollbürtigen oder (was in dieser Beziehung gleichgültig ist) halbbürtigen Geschwistern [4]), aber nicht zwischen Geschwisterkindern [5]). Ob die Verwandtschaft Agnation oder Cognation, eheliche oder uneheliche ist, macht in der Lehre von den Ehehindernissen keinen Unterschied [6]). Das kanonische Recht hat bei denselben eine eigenthümliche, echt-germanische Berechnung der Grade der Seitenverwandtschaft (kanonische Computation). Es nimmt nämlich an, daß in der Seitenlinie zwei Personen, deren Verwandtschaftsnähe berechnet werden soll, so viel Grade von einander entfernt sind, als Zeugungen zwischen dem gemeinschaftlichen Stammvater und derjenigen dieser zwei Personen liegen, welche von dem gemeinschaftlichen Stammvater am weitesten entfernt ist. Wenn also beide Seitenlinien gleich lang, d. i. beide in Betracht kommende Personen von ihrem Stammvater gleich weit entfernt sind, so ist gleichgültig, ob diese Gradentfernung der beiden Betheiligten auf der einen oder andern Seite gezählt wird;

1) K. A. M. Schlegel Darstellung der verbotenen Grade der Verwandschaft und Schwägerschaft bei Heirathen.

2) §. 1. I. de nuptiis. (1. 9.) Ob dieß auch im kanon. Rechte der Fall sey, ist bloß theoretisch bezweifelt worden; s. v. Glück Pand. Bd. 23. S. 351 ff.

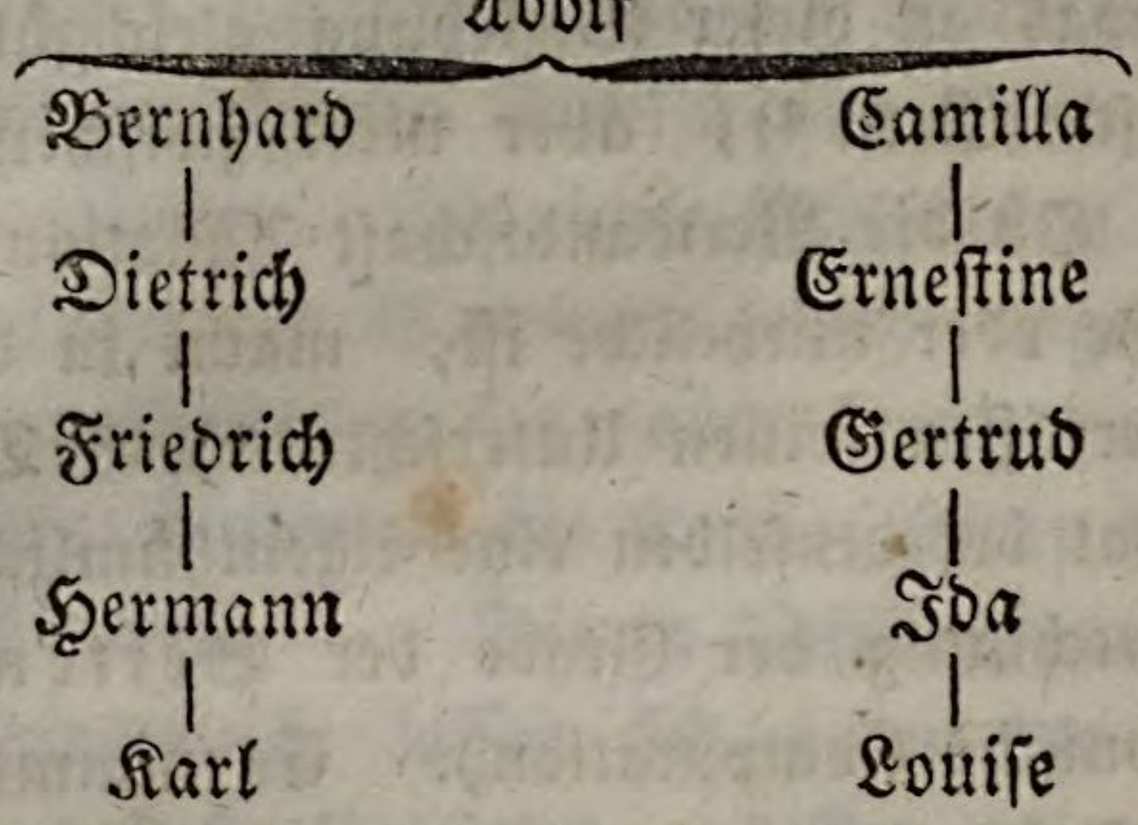
3) §. 3. 5. I. eod. l. 17. §. 2. l. 39. D. pr. de ritu nupt. (23. 2.) l. 17. C. de nupt. (5. 4.) Reinoldi Var. c. 20 — 22.

4) §. 2. I. eod. l. 54. D. eod. Zusammengebrachte Kinder aus vorigen Ehen des Mannes und der Frau (comprivigni) können sich heirathen, §. 8. I. eod. l. 34. § 2. D. eod.

5) l. 19. C. eod. (5. 4.) Jac. Gothofred. de nuptiis consobrinorum.

6) l. 14. §. 2. l. 54. D. de ritu nupt. (23. 2.)

sind die Seitenlinien ungleich, so sind die fraglichen Personen in demjenigen Grade verwandt, welcher auf der Seite der längsten Linie sich durch die Zahl der Zeugungen zwischen dem gemeinschaftlichen Stammvater und dem Betheiligten ergiebt [1]). Hiernach steht auf dieser Tafel:



nach kanonischer Computation Bernhard mit Camilla im ersten, mit Ernestine im zweiten, mit Gertrud im dritten, mit Ida im vierten, mit Louise im fünften Grade der Verwandtschaft; Karl steht mit allen Frauenzimmern der andern Linie im fünften Grade der Verwandtschaft; Friedrich steht mit Camilla oder Ernestine oder Gertrud im dritten, mit Ida im vierten, mit Louise im fünften Grade. — Das kanonische Recht verbietet nun, außer den schon im Röm. Rechte verbotenen Fällen, die Ehe zwischen Seitenverwandten bis zum und im ganzen vierten Grade der Seitenlinie [2]); was aber in den meisten protestantischen Ländern durch Particulargesetze sehr gemildert ist [3]). b) Wegen Schwägerschaft [4]) untersagt das Röm.

1) c. 2. seq. Caus. 35. quaest. 5.; c. 3. 6. 9. X. de consanguin. et affin. (4. 14.) J. H. Boehmer J. E. Pr. lib. 4. tit. 14. §. 2—19. und besonders v. Glück Pand. Bd. 23. §. 1210. S. 177 ff.

2) c. 8. X. eod. (4. 14.) J. H. Boehmer l. c. §. 20—26.

3) Boehmer l. c. §. 27. 28. Schon ohne die außerdem noch so häufige Dispensation. s. §. 704.

4) Vgl. Schlegel Darstell.

Recht, welches in dieser Beziehung den Concubinat [1]) wie Ehe ansiehet, die Ehe zwischen Stiefältern und Stiefkindern, zwischen Schwiegerältern und Schwiegerkindern ins Unendliche [2]), mit des Mannes Bruder und mit der Frauen Schwester [3]). Zwischen ehelicher und unehelicher Affinität wird auch bei diesen Verboten nicht unterschieden [4]). Das kanonische Recht verbietet die Ehe unter den Verschwägerten (vgl. wegen der Zählung §. 643.) auch noch im ganzen vierten Grade der Seitenlinie [5]). Die Verbote des mosaischen Rechts wegen Nähe der Schwägerschaft werden nicht mehr als gültige Regel betrachtet [6]). c) Adoption [7]) hindert die Ehe erstens zwischen dem Adoptivvater und der Adoptivtochter, zwischen der Frau des Adoptivvaters und dessen Adoptivsohne, auch zwischen der Frau des Adoptivsohnes und dem Adoptivvater, selbst nach aufgehobener

der verbot. Grade ꝛc. Diese Verbote wegen Schwägerschaft setzen eine voraufgegangene Verbindung dieser Art voraus. c. 2. 6. 10. X. de eo qui cognovit consang. (4. 13.)

1) l. 1. §. 3. D. de concubin. (25. 7.) l. 4. C. de nupt. (5. 4.)

2) §. 6. 7. I. de nuptiis. (1. 10.) l. 14. §. 4. l. 40. D. de ritu nupt. (23. 2.) c. 8. X. de consanguin. et affin. (4. 14.)

3) l. 5. C. de incest. nupt. (5. 5.)

4) l. 14. §. 3. D. de ritu nupt. (23. 2.) l. 1. §. 3. D. de concubin. (25. 7.) J. H. Boehmer l. c. §. 29. Wiese Kirchenrecht. §. 281. Bei unehelicher Schwägerschaft erstreckt sich das Verbot nur auf den ersten und zweiten Grad.

5) c. 8. X. de consanguinitate. (4. 14.) J. H. Boehmer l. c. §. 29 — 36.

6) 1. Ep. Paul. a. d. Corinth. 5. v. 1.; 3. B. Mos. 18. v. 8. 12. 14. 16. 17. 18. und Cap. 20. v. 14. 20. 21.; Cap. 25. v. 5 — 10.; Cap. 27. v. 23.

7) J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 12. Genauer genommen kann hier nur von der Arrogation und vollkommenen Adoption die Rede seyn. Richtig erinnert v. Wening-Ingenheim, Civilr. Bd. 4. §. 7., daß in den meisten Fällen hier schon in der vorhandenen Blutsverwandtschaft das Ehehinderniß liegen wird; daß auch bei der adoptio minus plena und der adoptio eines Frauenzimmers sich ein Ehehinderniß nur zwischen der adoptirenden und adoptirten Person selbst, und bloß während der Adoption annehmen lasse. v. Glück Pand. Bd. 23. S. 394. ff.

Adoptivverbindung [1]); zweitens zwischen den Aeltern und Geschwistern des Adoptivvaters und den Adoptivkindern, so lange die Verbindung dauert [2]); drittens zwischen den durch die Adoption zur Parentel erlangten Agnaten [3]) und den Adoptivkindern, so lange die Verbindung besteht und soweit die Verwandtschaft überhaupt ein Ehehinderniß ist [4]).

Fortsetzung.

§. 707.

Außerdem sind noch einige Eheverbote vom positiven Rechte sanctionirt, welche ohne von Staatsrücksichten oder natürlichen Sitten empfohlen zu seyn, der Schicklichkeit oder allgemeinen processualischen, religiösen und polizeilichen Rücksichten folgen. A) Wegen Unschicklichkeit sind im Röm. Rechte verboten: a) die Ehe der Stiefältern mit des Stiefkindes Ehegatten [5]); b) die Ehe eines Ascendenten mit des Descendenten Verlobten, und umgekehrt [6]); c) die Ehe zwischen dem einen geschiedenen Gatten mit einem Kinde des andern geschiedenen Gatten aus dessen nach der eingetretenen Scheidung neu eingegangener Ehe [7]);

1) l. 14. pr. §. 1. l. 55. pr. D. de ritu nupt. (23. 2)

2) l. 17. pr. §. 1. l. 55. §. 1. D. eod.

3) §. 5. I. de nupt. (1. 10.) obgleich das Adoptivkind die Cognaten in diesem Verhältnisse, jedoch mit Ausnahme der matertera des Adoptivvaters, heirathen darf. l. 12 §. 4. l. 55. §. 1. D. de nupt. (23. 2.) §. 3. fin. I. de nupt. (1. 10)

4) l. 12. §. 4. D. eod. c. un. X. de cognat. legali. (4. 12.)

5) l. 15. D. de ritu nupt. (23. 2.) J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit 14. §. 33. Val. jedoch v. Glück Pand. Bd. 23. S. 387. ff.

6) §. 9. I. de nupt. (1. 10.) l. 12. §. 1. 2. l. 14. in fin. D. de ritu nupt. (23. 2.) Boehmer l c. lib. 4. tit. 1. § 144.

7) §. 9. I. eod. l. 12. §. 3. D. eod. „Si uxor mea post „divortium alii nupserit et fi„liam susceperit, putat Julia„nus, *hanc quidem privignam „non esse, verum nuptiis ejus „abstinendum.*“

d) die Ehe zwischen dem Taufzeugen und dem Täufling [1]). Zwischen Pflegeältern und Kindern ist die Ehe nicht gehindert [2]). B) Außerdem können auch noch der Richter oder die kirchlichen Obern in einem einzelnen Falle die Ehe, z. B. deßwegen verbieten, weil über ein angebliches Hinderniß zuvor entschieden werden muß; woraus aber, selbst ungeachtet angedrohter Strafe der Nichtigkeit, nur ein aufschiebendes [3]) Ehehinderniß erwächst, so daß, wenn das richterliche Verbot überschritten und diese untersagte Ehe dennoch vollzogen ist, sie gültig bleibt. C) Im Kirchenrechte besteht noch das Hinderniß wegen a) eines nichtfeierlich eingegangenen, gültigen, noch nicht verwandelten oder dispensirten Gelübdes der Keuschheit bei den Katholiken [4]), so lange dessen Zeit dauert, oder so lange ihm nicht abgeholfen ist. b) Wegen des geistlichen Standes in der katholischen Kirche muß der die Weihen Empfangende ein feierliches Gelübde der strengsten Keuschheit ablegen. Dieß macht sogar die bloß geschlossene Ehe nichtig [5]). c) Die geistliche Verwandtschaft zwischen dem Taufenden und dem Täufling, zwischen diesem und den Pathen (schon Römisch, s. oben), zwischen dem Taufenden und den Aeltern des getauften Kindes, zwischen diesen Aeltern und den Taufpathen; zwischen dem Firmelnden und dem

1) l. 26. in fin. C. de nuptiis. (5. 4.) Wegen der paterna affectio für den Täufling.

2) l. 26. C. cit. Justinian entschied den vor ihm obwaltenden Zweifel dahin, „non esse vetitum matrimonium.“

3) c. 1. 2. 3. X. de matrimonio contracto contra interdictum ecclesiae. (4. 16.) J. H. Boehmer l. c. lib. 4. tit. 16. §. 5—11. Wiese Kirchenrecht. §. 275. cf. c. 3. X. de clandest. despons. (4. 3)

4) c. 2. seqq. Dist. 27. Ist dagegen gehandelt, so bleibt die Ehe dennoch bestehen, aber es soll Pönitenz verhängt werden. J. H. Boehmer l. c. lib. 4. tit. 6. §. 1.

5) Boehmer l. c. §. 2. Wiese Kirchenrecht. §. 175. 275. c. 22. C. 27. qu. 1.; c. un. de voto in VI. (2. 15.)

Confirmirten, dessen Aeltern und dem (sonst gebräuchlichen) Firmelpathen [1]). Bei den Protestanten gilt dieß Ehehinderniß nicht. d) Wegen der Zeiten der Fasten und Abstinenzen [2]); was zum Theil auch bei den Protestanten noch gilt, jedoch particularrechtlich bestimmt ist.

II. Von dem Ehecontracte.

A. Von den Personen, deren Einwilligung zur Eingehung der Ehe erforderlich ist.

§. 708.

Die Ehe kann nicht geschlossen werden, wenn die zum Consens Berechtigten nicht einwilligen. Diese sind: A) die künftigen [3]) Eheleute selbst, da die Erfordernisse des Vertrags [4]) zwischen ihnen unumgänglich nöthig sind. Es bedarf daher der Einwilligung beider Theile und der wirklichen Erklärung, daß sie einwilligen. Wenn indessen der Vater seiner Haustochter einen Ehemann wählt [5]), so gilt das Stillschweigen derselben für Einwilligung [6]), auch darf sie der vernünftigen Wahl des Vaters nicht widerstreiten [7]). Das Stillschweigen der Söhne wird nicht als Einwilligung angesehen und sie sind auch nicht an die (selbst vernünftige) Wahl des Vaters gebunden [8]). B) Die Hausväter

1) v. Glück Pand. Bd. 23. §. 1215. *b.* besonders S. 438 ff. Boehmer l. c. lib. 4. tit. 11.

2) J. H. Boehmer J. E. Pr. lib. 4. tit. 16. §. 2—4.

3) l. 2. D. de ritu nupt. (23. 2.)

4) Auch den Ehevertrag vernichtet Zwang, dolus causam dans eines Contrahenten oder Dritten (er mag sich auf Person oder Vermögen beziehen), und ein wesentlicher Irrthum. s. §. 709.

5) c. 13. Caus. 32. qu. 2. Marani Parat. ad Pand. lib. 23. tit. 1.

6) l. 12. pr. D. de spons. (23. 1.)

7) l. 16. §. 2. de rit. nupt. (23. 2.) l. 11—13. D. de sponsal. (23. 1.); c. 26. Caus. 32. qu. 7.; c. 24. X. de sponsal. (4. 1.)

8) l. 13. D. de sponsal. (23. 1.)

der zu verheirathenden Personen [1]) müssen um ihre Einwilligung ersucht werden, ohne welche ebenfalls die Ehe nicht geschlossen werden kann. Der Enkel in der väterlichen Gewalt seines Großvaters bedarf den Consens dieses seines pater familias und seines leiblichen Vaters [2]). Doch kann ein Großvater einen Enkel und eine Enkelin mit einander verheirathen, ohne deren Väter, seine Söhne, zu fragen [3]). Ist ein Consensberechtigter wahnsinnig, so braucht man seine Einwilligung nicht [4]). Dieser Consens des Vaters oder Großvaters macht, wenn er fehlt, nach dem Röm. Rechte nicht nur ein Hinderniß vor Eingehung der Ehe, sondern auch die eingegangene nichtig [5]). Das ältere kanonische Recht stimmt damit überein [6]), das neuere aber weicht davon ab [7]). Da indessen die Entscheidung desselben auf dem Grundsatz vom unverlöschlichen Charakter des Sacramentes der Ehe beruht, so sollten die Protestanten, welche diese kirchliche Ansicht keineswegs theilen, beim Römischen Rechte stehen bleiben [8]). Die nachfolgende Ratihabition des Vaters hatte nach dem ältern Römischen Rechte keine zurückwirkende Kraft [9]), allein

1) l. 2. l. 3. l. 18. l. 25. D. de ritu nupt. (23. 2.) J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 2. G. L. Boehmer de necessario parentum consensu in nuptias liberorum. (El. jur. civ. Tom. 1.)

2) l. 16. §. 1. D. eod. Die Enkelin bedarf des Consenses des leiblichen Vaters in diesem Falle nicht.

3) l. 3. D. eod.

4) l. 9. D. eod.

5) pr. I. eod. (1. 9.) l. 11. D. de statu hom. (1. 5.) Pauli R. S. lib. 2. tit. 19. §. 2. Weber v. d. nat. Verbindlichkeit. §. 74. Note 9.

6) c. 1. Caus. 30. qu. 5.; c. 3. X. qui matrim. accus. poss. (4. 18.)

7) c. 6. X. de raptoribus. (5. 17.)

8) Vgl. J. H. Boehmer l. c. §. 22—25. Die Praxis neigt sich in Deutschland dahin, das Bestehenbleiben der Ehe möglichst zu befördern, also die Annullation nicht zu begünstigen.

9) l. 11. D. de statu hom. (1. 5.) l. 13. §. 6. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.) Averanii int. lib. 4. c. 23. Nr. 18. 19.

seit Justinian's allgemeiner Verordnung über die Zurückziehung der Ratihabition [1]) legt man sie ihr bei [2]). Milderungen der Nothwendigkeit des väterlichen Consenses sind noch folgende: a) Das Stillschweigen des Consensberechtigten zu der Zeit als er sich erklären konnte und mußte, gilt für Einwilligung, aber nur bei Töchtern [3]); b) das Kind darf bei einer von haltbaren Gründen entblößten Weigerung die Obrigkeit um Ergänzung des väterlichen Consenses bitten [4]); c) es kann sogar ohne Consens heirathen, wenn der Vater seit 3 Jahren gefangen oder abwesend ist, und auch schon, ehe diese gesetzliche Frist von 3 Jahren abgelaufen ist, alsdann zur Ehe schreiten, wenn es einen Gatten wählet, gegen welchen der Vater wahrscheinlich nichts zu erinnern hat [5]), oder mit dessen Lage,

1) l. 25. C. de don. int. V. et U. (5. 16.) verb.: „et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad alia reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt"; — desgl. l. 5. C. ad SC. Maced. (4. 28.): „nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio retrotrahatur et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt" — Gesetze, welchen man wohl eine zu weite Ausdehnung auch auf solche Fälle gegeben hat, in denen das frühere Recht den Ratihabitionen ausdrücklich diese Kraft entzog. Vgl. §. 105.

2) G. L. Boehmer l. c. §. 22. A. M. v. Glück Pand. Bd. 23. §. 1196. S. 35. ff.

3) l. 5. 25. C. de nuptiis. (5. 4.) l. 7. §. 1. D. de sponsal. (23. 1.)

4) l. 19. D. de ritu nupt. (23. 1.) Die Ergänzung der väterlichen Einwilligung in die Ehe der Kinder ist eigentlich ein Act der Regierungsgewalt, jedoch den Gerichten übertragen. Diese behandeln, um das Verhältniß genau kennen zu lernen, welches zur Weigerung geführt, und um es dann für gegründet oder ungegründet zu erklären, die Sache processualisch, so daß vollständiges Verfahren, Rechtskraft und Appellation dabei eintreten. Man nimmt für die richterliche Beurtheilung der Weigerung den Grundsatz an, nicht von den gerechten oder ungerechten Beschwerden des Vaters über das Kind, sondern nur von dessen künftigem Lebensglücke müssen die Momente hergenommen seyn, welche eine Weigerung gültig hervorbringen. Vgl. jedoch v. Ramdohr Erfahrungen. Thl. 1. S. 391.

5) l. 9. §. 1. l. 10. l. 11. D. eod. Lediglich nach den Umständen kann beurtheilt werden, ob die conditio des Gewählten dem abwesenden Vater gefallen müsse.

Charakter, Stand, Gütern (conditio) derselbe gewiß zufrieden seyn würde. — d) Bei einer Verstandeslosigkeit des Vaters kann die Obrigkeit mit Zuziehung der Angehörigen statt seiner consentiren [1]). — Aeltern, welche die väterliche Gewalt nicht mehr oder überhaupt nicht besitzen, brauchten nach Röm. Rechte nicht gefragt zu werden [2]), ausgenommen bei der Verheirathung minderjähriger Töchter [3]); auch der Consens des Vormundes war bei den Römern nicht erforderlich [4]), obgleich nach den meisten deutschen Particularrechten auch diese Personen einwilligen müssen [5]), wenn die Ehe rechtliche Gültigkeit erhalten soll.

B. Von den Eigenschaften der Einwilligung, besonders der Gatten selbst.

1. Willensbestimmung.

§. 709.

Die Fehler, welche die Ehe der Willensbestimmung wegen nichtig machen, sind erst im kanonischen Rechte genauer bestimmt, und können auf folgende zurückgeführt werden: a) die Simulation [6]), welche aber nur dann zur Nachweisung des fehlenden rechtlichen Consenses wirksam werden kann [7]), wenn bewiesen wird, daß beide Theile

1) l. 25. C. de nupt. (5. 4.)
2) l. 25. D. de ritu nupt. (23. 2.)
3) l. 18. l. 20. C. eod. (5. 4.) Noodt ad P. 23. 2.
4) l. 20. D. eod. l. 8. C. eod.
5) J. H. Boehmer l. c. §. 8—16. Im deutschen Particularrechte wird auch der Consens des Gutsherrn der Colonen, des Regimentschefs der Officiere und Soldaten, der Curatoren u. a. m. hin und wieder gefordert.
6) l. 39. D. de ritu nupt. (23. 2.)
7) cap. 26. X. de spons. (4. 1.) J. H. Boehmer ad hoc cap. not. 72. Ist nur der eine der Gatten simulirend, so lebt er zwar nicht in einer wahren Ehe, allein da er den andern Theil entschädigen muß, und dieß nur durch die Ehe geschehen kann, so kommt seine einseitige Simulation nicht in Betracht.

simulirt haben; b) der Zwang [1]), und c) der Irrthum, wenn sich der Ehegatte in dem Individuum des andern irrte [2]), (d. i. eine Person für eine andre ansah, wobei also ein Consens schlechthin nicht vorhanden war), — wenn dieser unfrei [3]), wahnsinnig [4]), und auf eine unheilbare Weise [5]) zum Beischlaf unfähig ist [6]), ohne daß der andre Theil diese Unfähigkeit gekannt hat. Denn kannte er sie und willigte nachmals ein, die Ehe einzugehen oder fortzusetzen, so ist diese s. g. Josephsehe so gültig, wie jede andre. Das Unvermögen ist durch eine ärztliche Untersuchung [7]), und, wenn diese zweifelhaft bleibt, durch eine dreijährige Probezeit auszumitteln [8]). Um zur Abwendung einer verabredeten Trennung wegen des wirklichen Versuchs in der Probezeit zwischen beiden klagenden Ehegatten sicher zu seyn, sollen beide die Impotenz resp. behauptenden und eingestehenden Theile, oder bei geleugneter Impotenz, der Kläger, das Unvermögen noch außerdem eidlich erhärten [9]). Irrelevant sind die Unfruchtbarkeit der Frau [10]), der moralische und gesellige Charakter beider Gatten, deren bisherige Aufführung, nach kanonischem Rechte auch die Jungfrauschaft [11]), und immer die Vermögensumstände [12]). Ueber

1) c. 14. X. eodem.
2) c. un. §. 2. Caus. 29. qu. 1.
3) c. 4. X. de conj. serv. (4. 9.)
4) c. 24. X. de spons. (4. 1.)
5) c. 3. X. de frigid. (4. 15.) J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 15. §. 37.
6) c. 5—7. X. eod. Boehmer l. c. §. 16—20.
7) c. 6. X. eodem. J. H. Boehmer l. c. §. 21—27.
8) c. 5. X. eod. Boehmer l. c. §. 30. 31.
9) c. 1. Caus. 33. qu. 1.; c. 1. 7. X. eod. J. H. Boehmer l. c. §. 29. 32—34.
10) c. 27. Caus. 33. qu. 7. J. H. Boehmer l. c. §. 13—15.
11) c. un. §. 5. Caus. 29. qu. 1. A. M. J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 5. §. 2. v. Glück Pand. XXII. §. 1193. S. 431. ff. Noodt ad P. XXIII. 2.
12) Causa cit.

den Irrthum in Rücksicht der bürgerlichen Ehre, heimlicher Krankheiten, begangener Verbrechen, findet sich keine Entscheidung, und theils lassen Particulargesetze, theils sogar die Praxis hier eine Bestimmung zu wünschen übrig. Eben so wenig finden sich genauere, auf das eheliche Verhältniß insbesondre gehende Entscheidungen über den Betrug, obgleich seine Wirksamkeit keinen Zweifel leidet. Uebrigens kann der durch den Zwang, Irrthum und Betrug betroffene Ehegatte die nichtige Verbindung durch Ratihabition rückwärts heilen, namentlich geschieht dieß durch jeden nach gehobenem Fehler vollzogenen Beischlaf [1]), und durch langes Schweigen [2]). — Hat eine der Personen, auf deren Willensbestimmung es bei der Ehe ankommt, ihren Willen vorschriftsmäßig erklärt (s. §. 710.): so wird bis zum Gegenbeweise angenommen, daß sie ihn auch fehlerfrei bestimmt habe. Vgl. §. 111.

2. Willenserklärung.

§. 710.

Der Wille der Consensberechtigten muß bei Eingehung der Ehe deutlich erklärt werden. Dabei verlangt das Römische Recht keine Förmlichkeit [3]), selbst die erst spät unter den Kaisern aufgekommenen instrumenta sind nur erforderlich bei Verwandlung des damals erlaubten Concubinats in Ehe [4]), und, mit Aufhebung einer früheren allgemeine-

1) cap. 21. X. de spons. Man nimmt diesen als das Zeichen der Verzeihung aller dem unschuldigen Theile zu derselben Zeit bekannten Fehler des Schuldigen an.

2) cap. 1. X. de frigid.

3) l. 22. C. de nuptiis. (5. 4.) Nachdem die Förmlichkeiten der frühern strengen Ehe längst abgekommen waren. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. Thl. 1. §. 145.

4) l. 5. 11. C. de nat. lib. (5. 27.)

ren Vorschrift [1]), bei den Ehen der illustres [2]). Es ist daher auch consequent, das bloße Bekenntniß des Mannes in einer öffentlichen, von glaubwürdigen Zeugen unterschriebenen Urkunde, daß das mit einer Frau erzeugte Kind sein Sohn oder seine Tochter sei, als Beweis der Ehe anzunehmen [3]). Auch das kanonische Recht fordert bloß die Einwilligung der Contrahenten [4]), und leitet daraus die Folge ab, daß jeder Beischlaf unter Brautleuten die Ehe hervorbringe, mithin alle Brautkinder ehelich seyen [5]). Späterhin ist durch das Concilium zu Trident die Erklärung des Eheconsenses vor dem Pfarrer des einen der Eheleute und zweien Zeugen vorgeschrieben, und bei den Protestanten durch eine allgemeine Gewohnheit die priesterliche Einsegnung zu einem wesentlichen Erforderniß erhoben, welchem noch bei beiden Religionstheilen eine schon im kanonischen Rechte angeordnete, auf Abwendung der Ansprüche Dritter, welche sich der Vollziehung der Ehe entgegenzusetzen haben möchten, zielende, dreimalige Proclamation voraufzugehen pflegt [6]). Seit dieser Zeit kann der Beischlaf unter Verlobten eine Ehe nicht mehr bewirken, und die Kinder der Brautleute nicht mehr zu legitimen machen [7]); auch kann es wegen des Bestehens einer nothwendigen Form der Schließung des Ehebandes keine gültige Gewissensehe geben [8]). Die Vollziehung des Beischlafs ist für die Wirkungen der Ehe sogar gleichgültig [9]), imgleichen macht die längere oder kür-

1) Nov. 74. c. 4.
2) Nov. 117. c. 4.
3) Nov. 117. c. 2.
4) cap. 23. X. de spons. (4. 1.)
5) cap. 22. 30. 31. X. eod.
6) cap. 3. X. de cland. despons. (4. 3.) J. H. Boehmer J. E. Pr. lib. 4. tit. 3. §. 30 — 34.
7) v. Glück Pand. Bd. 2. §. 116. S. 105 — 109.
8) J. H. Boehmer l. c. §. 56. 57.
9) l. 32. §. 13. D. de donat. int. Vir. et Ux. (24. 1.)

zere Dauer [1]) des ehelichen Zusammenlebens im Wesen der Ehe keinen Unterschied.

Dritter Abschnitt.

Von Aufhebung der Ehe.

I. Von der Aufhebung der Annullation [2]).

§. 711.

Die wirksamste Art der Aufhebung der Ehe ist die Annullation, d. h. die vom Richter ausgesprochene Nichtigkeit. Sie tritt da ein, wo der Ehe ein Fehler zum Grunde liegt, welcher diese positiv unmöglich macht, also ein vernichtendes Hinderniß vorhanden gewesen, aber bei der Eingehung nicht beachtet ist. Dadurch wird die Ehe rückwärts aufgehoben. Ist aus Versehen eine gültige Ehe annullirt, so muß sie nach kanonischem Rechte wegen des dem Sacramente inwohnenden unauslöschlichen Charakters wieder angefangen werden, selbst wenn sich die Eheleute anderweitig verheirathet haben [3]); bei Protestanten findet die Erneuerung wenigstens in dem letzten Falle nicht Statt [4]), weil die unterdessen eingegangene nachfolgende Ehe als ebenfalls gültig und, da sie bestehet, als überwiegend betrachtet wird.

1) l. 6. D. de ritu nupt. (23. 2)

2) v. Glück Pand. Bd. 26. §. 1260. 1261.

3) cap. 7. 10. 11. X. de sent. et re jud. (2. 27.) cap. 1. 5. 6. X. de frigidis. (4. 15.)

4) J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 15. §. 39. 40.

II. Von der Aufhebung durch Tod.

§. 712.

Eine zweite Art der Aufhebung der Ehe ist die durch den Tod des Mannes oder der Frau [1]). Es erlöschen dadurch alle fernern Wirkungen der Ehe; die Frau kann daher, vom Tode des Gatten an, weitere Alimente aus den Gütern des Mannes nicht fordern; selbst nicht im ersten Jahre; nur Namen, Stand und Wohnort des Mannes behält sie noch so lange, bis sie selbst sich derselben [2]) durch Eingehung entgegenstehender Verhältnisse begiebt. Hat der überlebende Ehegatte von dem Verstorbenen etwas erhalten (lucrum nuptiale), so hat er zwar freie Disposition darüber; macht er indessen keinen Gebrauch von diesem Veräußerungsrechte bis an seinen Tod: so fällt es nach demselben kraft eines besondern Rechtstitels an die Kinder aus der Ehe dieser beiden Gatten [3]). Von der dem überlebenden Ehegatten durch Vertrag oder letzten Willen etwa zufallenden dos und donatio propter nuptias erhält er, wenn Kinder da sind, schon gleich anfangs bloß den usus-fructus [4]), und nur zum Kindestheile die Proprietät [5]). (Vgl. §. 683. und 694.)

1) l. 1. D. de divortiis. (24. 2.) Aber jetzt nicht mehr durch eine Verurtheilung des einen Theils zur Bergwerksarbeit (in metallum), noch durch die Deportation, noch durch die bloße Gefangenschaft bei den Feinden des Staates; obgleich das ältere Recht diese Aufhebungsarten der Ehe annahm; Nov. 22. c. 7. 8.; l. 56. D. solut. matr. (24.3.) l. 5. §. 1. de bonis damnat. (48. 20.); l. 6. D. de divort. (24. 2.) Nov. 117. c. 11. v. Glück Pand. Bd. 24. S. 92. ff. Zimmern Gesch. des Röm. Privatr. Thl. 1. §. 148. — Doch steht dem Tode gleich, wenn der Gatte Sclav wird. l. 1. D. de divort. (24. 2.) l. 56. D. solut. matr. (24. 3.) — Eintritt des einen Gatten in ein Kloster hat dieselbe Wirkung auf die Aufhebung der Ehe wie der Tod. l. 53. §. 3. C. de episcop. et cleric.

2) l. 22. §. 1. D. ad munic. (50. 1.) l. 13. C. de dignit. (12. 1.)

3) l. 5. §. 2. l. 6. §. 3. l. 8. §. 1. C. de sec. nuptiis. (5. 9.)

4) Nov. 98. c. 1.

5) Nov. 127. c. 3.

III. Von der Aufhebung durch Scheidung.

A. Zulässigkeit der Scheidung.

1. Nach den Grundsätzen des Römischen Rechts 1).

§. 713.

Die dritte Art der Aufhebung der Ehe ist durch Scheidung (divortium) 2), d. h. die bei Lebzeiten des Ehegatten, mittelst eines Willensactes des einen von ihnen, erfolgte Trennung einer gültigen Ehe. Nach dem Römischen Recht, in welchem, leider, die frühere Geschichte der Lehre von der Ehescheidung noch immer völlig dunkel ist, geschieht sie ohne Concurrenz des Richters, entweder a) bona gratia 3), wofür zwar nicht mehr die Scheidung in Folge gegenseitiger Uebereinkunft 4), aber wohl die wegen Erwählung des klösterlichen Lebens von Seiten des einen Ehegatten 5), wegen Unvermögens des Mannes, in 3 Jahren den Beischlaf zu vollziehen 6), und wegen Gefangenschaft des einen Theils beim Feinde (ohne daß der andere in 5 Jahren Etwas von ihm erfahren hat) 7) gehalten werden soll; oder b) repudio in allen übrigen Fällen 8), in welchen zwar auch bei einer bloß einseitigen Erklärung die Ehe immer aufhört, wobei es aber in Rücksicht der Folgen der Scheidung gar sehr auf das Dasein gerechter Gründe von Seiten des Repudianten ankommt, deren eine beträchtliche Anzahl von Seiten des Mannes gegen die Frau zugelassen sind (besonders Verschwörung der Frau

1) Cujacii exp. Nov. 22. Noodt ad P. XXIV. 2. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. Thl. 1. §. 154 u. 155.
2) l. 191. D. de V. S.
3) Nov. 22. c. 4.
4) Nov. 117. c. 10.
5) Nov. 22. c. 5. s. vor. §. Note 1. am E.
6) Nov. 22. c. 6.
7) Nov. 22. c. 7.
8) l. 6. C. de repudiis. (5. 17.) Nov. 22. c. 15. pr.

gegen den Staat, Ehebruch, Lebensnachstellungen gegen den Mann, wenn sie ohne Erlaubniß des Mannes mit fremden Männern gebadet oder geschmauset, Nachts außer dem Hause zugebracht, oder auch nur den Schauspielen beigewohnt hat;) [1]) und ebenso von Seiten der Frau gegen den Mann, besonders Verschwörung des Mannes gegen den Staat, Lebensnachstellung gegen die Frau, versuchte Verkuppelung derselben an Andere, fälschliche Anklage des Ehebruchs gegen sie, vertrauter Umgang mit andern Weibern nach vorgängiger ihm gemachter und wiederholter Warnung [2]). Hauskinder können sich nicht ohne Consens des Hausvaters von ihrem Ehegatten trennen; umgekehrt kann aber auch der Vater nicht ohne Zustimmung des Kindes die Trennung vornehmen, wenn nicht sehr gerechte Gründe (magna et justa causa) vorhanden sind [3]). Aeltern, welche die väterliche Gewalt nicht besitzen, und Vormünder haben die Trennung der Ehe ihrer Kinder oder Pflegbefohlenen zu bewirken, die Befugniß nicht [4]).

2. Nach den Grundsätzen der christlichen Kirche.

§. 714.

Da der Stifter der christlichen Kirche für unerlaubt erklärte, sich von dem anderen Ehegatten zu trennen, den Fall der von diesem begangenen Unzucht abgerechnet [5]), und späterhin noch der Grundsatz vom Sacrament der Ehe hinzukam: so wurde nun in der katholischen Kirche

1) l. 8. §. 3. l. 11. §. 2. D. de repudiis. Nov. 22. c. 15. §. 2. Nov. 117. c. 8.

2) l. 8. §. 2. C. de repudiis. Nov. 22. c. 15. §. 1. Nov. 117. c. 9.

3) l. 32. §. 19. D. de do- nat. int. Vir. et Ux. (24. 1.) l. 5. C. de repudiis. (5. 17.)

4) l. 6. l. 10. D. de spons. (23. 1.)

5) Matthäus Cap. 19. v. 9. J. H. Boehmer J. E. Pr. lib. 4. tit. 19. §. 2—8.

eine Auflösung des Bandes (divortium quoad vinculum) für ganz unzulässig erklärt [1]), und statt dessen eine Absonderung von dem gemeinschaftlichen Leben (divortium quoad torum et mensam) eingeführt, welche, wenn sie eine immerwährende ist, mit Ausschluß der Zulässigkeit einer zweiten Heirath, der Ehescheidung völlig gleich steht [2]). Sofern sie aber, hauptsächlich als ein Mittel, in der Zwischenzeit der Absonderung eine Versöhnung herbeizuführen oder möglicher zu machen, nur auf einige Zeit verfügt ist, so hört sie ohne Erneuerung von selbst wieder auf und bringt in den wesentlichen persönlichen und Vermögensrechten der Ehe, außer der Aufhebung des Zusammenlebens, eine Aenderung nicht hervor. Die Protestanten lassen eine gänzliche Trennung in dem von Christus gebilligten Falle des Ehebruchs und jedem anderen, diesem gleichkommenden, zu [3]); und die Absonderung von Tisch und Bette ist nur noch die temporäre [4]). Vertragsmäßige Uebereinkunft ist kein Trennungsgrund, weder bei Katholiken, noch bei Protestanten, wenn nicht höhere Dispensation [5]) hinzukommt; eben sowenig die Unverträglichkeit [6]), besonders wenn sich ein Theil der Trennung widersetzt, wo auch nicht einmal höhere Dispensation nachhilft. Bei Eheleuten von verschiedener Confession wird der katholische Theil

1) J. H. Boehmer l. c. §. 18 — 24.

2) cap. 2. X. de donat. int. V. et U. (4. 20.)

3) J. H. Boehmer l. c. §. 25 — 44. Wohin vorzüglich Nachstellung nach dem Leben des andern Gatten und bösliche Verlassung gerechnet werden.

4) J. H. Boehmer l. c. §. 49.

5) Daß diese bei Katholiken dem Pabste zustehe, haben neue Beispiele in der Geschichte gelehrt; auch ist nicht abzusehen, warum das Recht einer solchen Dispensation bei Protestanten der landesherrlichen Machtvollkommenheit in den bisherigen deutschen Verfassungen mangeln sollte.

6) J. H. Boehmer l. c. §. 42.

nur in Rücksicht des gemeinschaftlichen Lebens, der protestantische in Rücksicht des Bandes selbst geschieden.

3. Gemeinschaftliche Bestimmungen.

§. 715.

Noch ist in Rücksicht der Zulässigkeit der Scheidung Folgendes zu bemerken: a) Durch die bloße Absicht, die ehelichen Pflichten zu verletzen, wird sie nicht herbeigeführt [1]), wenn nicht solche Handlungen vorgekommen sind, welche selbst schon eine zur Scheidung hinlängliche Verletzung enthalten [2]). b) Nach den Grundsätzen des Römischen Rechts scheidet die bloße Erklärung des Repudianten; jetzt bewirkt dieß erst der Scheidungsproceß und die in diesem erfolgte Rechtskraft der Sentenz des Richters, bis zu welcher alle Folgen der Ehe fortdauern [3]). c) Nach Römischem Rechte galt eine Scheidung für ungerecht (und jetzt ist sie gänzlich unzulässig) in dem Falle, daß der Kläger die Veranlassung zu der Widerrechtlichkeit des andern Gatten gab [4]), ferner dann, wenn jener sich eines gleichen Vergehens schuldig machte [5]), oder wenn er den ihm übrigens rechtlich zustehenden Klagegrund verziehen hat [6]). Endlich können d) Unglücksfälle, welche den einen Ehegatten nach eingegangener Ehe befallen, den anderen nie zu einer Trennung berechtigen [7]); vielmehr sind sie als ein gemeinschaftliches Unglück zu tragen.

1) Kind quaest. for. Tom. 3. c. 30.

2) cap. 12. X. de praes. (2. 23.) Weber v. d. Beweisführung. S. 121—124.

3) c. 1. Causa 33. qu. 2.; cap. 3. X. de divort. (4. 19.)

4) l. 47. D. sol. matr. (24. 3.)

5) l. 39. D. eod. l. 13. §. 5. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.)

6) l. 13. §. 9. D. eod.

7) l. 22. §. 7. D. sol. matr. cap. 1. X. de conjugio leprosorum. (4. 8.) J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 8. §. 2—5.

B. Folgen der Scheidung.

1. In Rücksicht der Eheleute.

§. 716.

Nach der Scheidung treten die Eheleute aus allen persönlichen Verhältnissen, und selbst den Stand des Mannes behält die Frau nur, wenn sie unschuldig ist. Den Namen des Mannes pflegt die Frau in Folge deutscher Gewohnheit zu behalten. — In Rücksicht des Vermögens hört alle Erwerbung von einander auf; es convalescirt keine während der Ehe gemachte Schenkung [1]), es wird jede während derselben errichtete, zu Gunsten des geschiedenen Gatten gemachte, Disposition auf den Todesfall aufgehoben [2]), und es erlischt das gesetzliche Erbrecht der Ehegatten [3]), ohne daß bei diesen Folgen der Scheidung zwischen dem schuldigen und unschuldigen unterschieden wird. Dagegen führt die Scheidung eine andere Art des Erwerbs, den der Vermögensstrafen [4]), herbei, zwar nicht bei dem divortium bona gratia, aber bei jedem repudium entweder gegen den, welcher dasselbe durch sein Betragen [5]) veranlaßte, oder gegen den, welcher es ohne gerechten Grund [6]) ertheilte; in Deutschland frei-

1) l. 62. §. 1. D. de donat. int. Vir. et Ux. (24. 1.)

2) l. 49. §. 6. D. de leg. 3. Es müßte denn ganz ausgemacht seyn, daß der Testator seine letztwillige Verordnung zu Gunsten des nun geschiedenen Gatten auch bei eingetretener Scheidung habe gelten lassen wollen, l. 3. D. de auro, argento, mundo. (34. 2.) Dieß ist also jedesmal eine facti quaestio, welche nur aus den Umständen zu beurtheilen ist, wo keine ausdrückliche Erklärung sich beweisen läßt.

3) l. un. §. 1. D. de b. p. unde Vir. et Ux. (38. 11.)

4) Zimmern Geschichte des Röm. Priv.-R. Thl. 1. §. 171.

5) Sei es, daß der Beweis vollkommen geführt, oder daß die Scheidung nur wegen vollgültiger Rechtsvermuthungen erkannt wird, v. Glück Pand. Bd. 27. S. 103 — 107.

6) Bei einer Scheidung ohne gerechten Grund, d. i. ohne eine in den Gesetzen gebilligte Ursache (ein bei uns formell nicht mehr vorkommender Fall) verlor

lich nur noch [1]) gegen denjenigen, welcher durch seine Handlung die Scheidungsklage herbeiführte; dann aber auch, wenngleich die Scheidungsklage nur nach heutigem Rechte begründet ist, und die angeklagte Handlung nach dem Römischen Recht dem Kläger eine justa causa repudii nicht gegeben hätte [2]). Jedoch ist zu bemerken, daß, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, der unschuldige Theil an dem Gewinne aus den Scheidungsstrafen nicht das Veräußerungsrecht, sondern nur den Nießbrauch erwirbt [3]). Wenn wegen Ehebruchs die Ehe getrennt wird, und zwar a) wegen eines von Seiten des Mannes begangenen: so erhält die Frau die dos und die donatio propter nuptias [4]). Sein übriges Vermögen fällt an seine Descendenten bis zum dritten Grade; in deren Ermangelung an seine Ascendenten bis zum dritten Grade; fehlen auch diese, an den Fiscus. b) Beging die Frau den Ehebruch, so erhalten die aus der Ehe vorhandenen Kinder die dos; in Ermangelung der Kinder fällt diese [5])

jeder schuldige Gatte sein ganzes Vermögen, von welchem zwei Dritttheile an die Descendenten aus dieser oder aus andern Ehen der Gatten, ein Dritttheil an das Kloster, in welches der sich ungerecht scheidende Gatte gesteckt werden soll; und in Ermangelung von Descendenten, ein Dritttheil an die nicht complicirten Ascendenten, und zwei Dritttheile an das Kloster; in Ermangelung von Descendenten und Ascendenten aber Alles an das Kloster fiel. Nov. 134. c. 11. (Vgl. die Strafen der Ehefrau im Fall des Ehebruchs derselben, der eine Scheidung veranlaßte.)

1) Archiv für civil. Praxis. 7. Bd. S. 269. 270.

2) Thibaut's Civ. Abh. I. 7. S. 112. ff.

3) l. 8. §. 7. C. eod. Die Wahlbefugniß des unschuldigen Gatten unter seinen Kindern, einem derselben diese lucra nuptialia ausschließlich zuzuwenden, ist aufgehoben. Nov. 22. c. 30. Nov. 98. c. 1. v. Glück Pand. Bd. 27. S. 96 – 103.

4) l. 8. 11. C. de repud. (5. 17.) Nov. 117. c. 8. 9. Nov. 134. c. 10. Hat man dos und donat. pptr. nupt. nicht bestellt: so soll statt dessen ein Viertheil vom ganzen Vermögen des Mannes, doch nicht über 100 Pfund Goldes, an die Frau fallen. Nov. 22. c. 18.

5) War keine dos bestellt, so

an den Mann; das übrige Vermögen der Frau wird so vertheilt, daß zwei Dritttheile an die etwanigen Descendenten der Frau, ein Dritttheil an das Kloster, in welches sie gesteckt wird, fällt; hat sie keine Descendenten, so fällt ein Dritttheil ihres übrigen Vermögens an ihre in das Vergehen nicht complicirten Ascendenten, und zwei Drittheil an das Kloster; in Ermangelung solcher Ascendenten erhält das Kloster Alles [1]). — Wird die Ehe aus andern gesetzlichen Gründen wegen Verschuldens eines der Gatten getrennt: so verliert die Frau, wenn sie der schuldige Theil ist, ihre dos [2]), an welcher der Mann, wenn Kinder vorhanden sind, den ususfructus, in deren Ermangelung aber das Eigenthum bekommt [3]). Ist der Mann der schuldige Theil, so nimmt die Frau ihre dos [4]) zurück, und erhält die donatio propter nuptias [5]) zum Nießbrauch (wenn Kinder da sind) oder zum vollen Eigenthum (in Ermangelung derselben). — Zu bemerken ist noch die Folge einer vom Manne gemachten fälschlichen Ehebruchsanklage. Wird darauf die Ehe geschieden: so erhält die Frau ohne Kinder die dos und donatio propter nuptias und noch ein Dritttheil des Betrags der letztern aus dem Vermögen des Mannes. Sind in diesem Falle Kinder vorhanden: so erhalten sie das Vermögen des Mannes ganz [6]). — Ehemals trat zum Zweck der Vermögensstrafen das von Seiten des Klägers höchst persönliche [7]) judicium morum ein, ohne welches auf die Strafen der Ehescheitritt statt derselben wieder das Viertheil des Vermögens der Frau ein; s. vorhergehende Note.

1) Nov. 117. c. 13. Nov. 134. c. 10.

2) Oder in Ermangelung einer dos ein Viertheil ihres Vermögens, Nov. 22. c. 18.

3) Nov. 117. c. 8.

4) Vgl. Note 2. und Nov. 22. l. c.

5) Nov. 117. c. 9.

6) Nov. 117. l. c.

7) l. 15. §. 1. D. sol. matr. (24. 3.)

dung nicht zu erkennen war [1]). Da dieß judicium aufgehoben ist [2]), so muß man die Strafen wohl ganz von selbst eintreten lassen, und die Geltendmachung auch den Erben verstatten [3]). Conventionalstrafen auf den Scheidungsfall verwirft das Römische Recht [4]), obgleich man sie bei uns zuzulassen pflegt.

2. In Rücksicht der Kinder.

§. 717.

Die Kinder der geschiedenen Eheleute werden nicht unter Vater und Mutter getheilt [5]), sondern dem Unschuldigen überlassen [6]), während die Alimentation ohne Unterschied dem Vater obliegt [7]). Will die Frau wegen eines nach der Scheidung zu gebärenden Kindes gegen den Mann die actio de partu agnoscendo anstellen, so steht ihr dabei eine eigene Gesetzgebung zur Seite. Da aber auch ohne Scheidung beim Tode des Ehemannes eine Klage

1) l. 39. D. eod. l. 5. pr. D.
2) l. 11. §. 2. C. de repud.
3) J. H. Boehmer J. E. Pr. lib. 4. tit. 20. §. 25—28. Pufendorf Tom. 3. obs. 122.
4) l. 19. D. de V. O. (45. 1.)
5) l. un. C. divortio facto ap. quem lib. educ. (5. 24.) Ueber die Adoptivkinder des Mannes kann die Frau die Befugniß der Erziehung nicht erhalten, wenngleich er schuldig und sie unschuldig ist; ebensowenig über die Kinder, welche noch in der Gewalt eines entferntern Ascendenten sich befinden. Archiv für die civil. Praxis. Bd. 8. Hft. 2. S. 181. 182.
6) Sollten Zweifel eintreten, ob der Aufenthalt der Kinder bei dem unschuldigen Theile für sie zweckmäßig sey, so bleibt dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, ohne Rücksicht auf die Schuld der Scheidung die Kinder auch bei dem Schuldigen erziehen zu lassen, sofern seine Leitung für die Kinder aller Vermuthung nach am vortheilhaftesten gehalten werden muß. (l. un. C. divortio facto, apud quem (5. 24.) cit. und Nov. 117. c. 7.) Denn Justinian sagt ausdrücklich, die Ehescheidung soll den Kindern zu keinem Nachtheile gereichen; was doch auch auf dieß Verhältniß bezogen werden kann.
7) Nov. 117. loc. cit. Ist der Vater arm, so ist die Mutter zur Alimentation nach bekannten Grundsätzen verpflichtet.

der Frau auf Anerkennung und Ernährung eines von ihr noch zu gebärenden Kindes auf ähnliche Weise vorkommen kann: so vereinigt man diese Lehren hier am zweckmäßigsten. Aus der genauen Ausbildung der rechtlichen Vorsichtsmaßregeln gegen Unterschiebung oder Unterschlagen der Kinder scheint geschlossen werden zu müssen, daß diese Vergehen bei den Römern nicht selten gewesen. Man hat der Gefahr durch drei rechtliche Bestimmungen zuvorkommen wollen: A) Wenn nach der Ehescheidung der Mann die Frau in andern Umständen glaubt, sie aber leugnet [1]): so kann er darauf antragen, daß die Sache gerichtlich untersucht werde. Es ist dann vom Gerichte darauf zu erkennen, daß geschickte Hebammen oder Entbinder als Kunstverständige die erforderliche Untersuchung des Zustandes der Frau unter gerichtlicher Autorität [2]) anstellen und ihr Urtheil darüber glaubhaft zu Protocoll erklären. Wenn das Ergebniß des Verfahrens auf eine vorhandene Schwangerschaft führt, oder diese doch als möglich erkannt wird: so hat der Mann die Befugniß, einige anständige Frauenzimmer (custodes) zur beständigen Begleitung und Aufsicht seiner geschiedenen Frau beizugeben. Findet sie sich nicht schwanger, so hat sie, da in der Behauptung des Mannes gegen die Verneinung der Frau eine Beschuldigung, als beabsichtige sie ein Kind unterzuschlagen, zu liegen scheint, die Injurienklage; gegen welche indessen den Mann die Einrede, daß er aus trifftigen Ursachen, z. B. weil die Frau selbst bei ihm die irrige Annahme der Schwangerschaft veranlaßt, oder selbst weil ihn der gar große Wunsch, Kin-

1) l. 1. pr. — §. 9. D. de inspic. ventre cust. part. (25. 4.) Marani Parat. ad P. lib. 25. tit. 4.

2) „Et notandum quod non permittitur marito vel mulieri obstetricem adhibere, sed omnes a Praetore adhibendae sunt.“ l. 1. §. 5. D. cit.

der zu besitzen, dazu vermocht habe, hinreichend schützt [1]), da bei solchen Gründen die Absicht zu injuriiren nicht angenommen werden kann. — B) Wenn nach erfolgter Scheidung die Frau sich in andern Umständen glaubt: so tritt die Verordnung des Senatuscons. Plancianum ein. Die Frau nämlich soll innerhalb 30 Tage nach der Trennung der Ehe [2]) dem Manne ihren Zustand anzeigen. Es steht dann in seiner Willkühr, Vorsichtsmaßregeln gegen Unterschiebung eines fremden Kindes zu treffen, oder nicht. Er kann Frauenzimmer zur Begleitung der Frau anordnen, und dabei gegen die Vaterschaft protestiren oder darüber schweigen [3]). Der Beweis der Vaterschaft ist in solchem Falle insbesondre aus den gesetzlichen Terminen zu entnehmen, und der Mann wird zur Anerkennung und Ernährung des Kindes verbunden, wenn es für das seinige vom Richter erklärt ist [4]). — Protestirt der Mann nicht, schickt auch keine Begleiterinnen: so muß er das nachmals innerhalb der gesetzlichen Frist geborne Kind ohne Weiteres anerkennen und ernähren; außer wenn er den ihm nachzulassenden Gegenbeweis, daß das Kind nicht das seinige sei, noch führen sollte [5]). — Hat die Frau aber innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen 30 Tage [6]) die Anzeige ihres vermutheten Zustandes dem Manne nicht gemacht, oder hat sie die Begleiterinnen nicht angenommen [7]): so verliert

1) l. 1. §. 8. D. eod.

2) Sollte sie schon innerhalb dieser 30 Tage gebären, ohne die Anzeige gemacht zu haben: so fällt die Anwendung des SC. Plancian. weg. l. 1. §. 10. D. de agn. et alend. lib. (25. 3.)

3) l. 1. §. 1—3. 7. 9. D. eod.

4) l. 1. §. 4. fin. §. 11. 16. D. eod.

5) l. 1. §. 4. 12. 14. 15. D. eod.

6) Aus Gründen, welche genügende Entschuldigung der bis dahin geschehenen Versäumniß enthalten, kann die Frau auch noch nach Verlauf der 30 Tage mit ihrer Anzeige zugelassen zu werden verlangen. l. 1. §. 7. D. eod.

7) l. 1. §. 6. D. eod.

sie die actio de partu agnoscendo und kann keine Alimente für das Kind fordern; wiewohl dieß dem Kinde noch nicht schadet [1]), da es selbst noch auf Anerkennung und Ernährung klagen kann. — Ist dem Senatusconsult von beiden Seiten ein Genüge geschehen, so hängt Alles von dem Beweise ab, daß die Mutter geboren habe, und das Kind das rechte, von ihr geborene sei [2]), ohne daß dem Manne die von ihm beliebte Sendung der custodes partus präjudicirt [3]), d. i. eine Vermuthung seiner Vaterschaft begründet. C) Ist der Mann mit Tode abgegangen und hinterläßt eine Wittwe, welche in andern Umständen zu sein behauptet: so tritt die Verordnung des Edictes ein, um das Unterschieben der Kinder zu verhüten, edictum de ventre inspiciendo. Die Frau muß danach dem nächsten Erben alle Monat zwei Mal anständige Frauenzimmer (höchstens fünf) zur Untersuchung der angeblichen Schwangerschaft zu schicken gestatten [4]); sie muß ungefähr einen Monat vor der zu erwartenden Niederkunft dem Erben von diesem Zeitpuncte Nachricht geben, und dann die beständigen Begleiterinnen, welche er ihr zu geben beschließen kann, annehmen; auch endlich in einem eigenen, dazu gerichtlich bestimmten, anständigen Hause oder Zimmer [5]) gebären, und die nächsten Erben vom Anfange der wirkli-

1) l. 1. §. 8. 13. 15. D. eod.
2) l. 1. §. 4. D. eod.
3) l. 1. §. 11. D. eod. Er kann noch immer, obgleich er Custodes partus geschickt hat, die Eigenschaft der Ehefrau der Mutter absprechen, oder daß das Kind von ihm sey, leugnen; bedient er sich dieser Protestation, während er die custodes schickt, so ist sein Schritt um so weniger gegen ihn auszulegen.
4) l. 1. §. 10. D. de inspic. vent. (25. 4.), woselbst die ausführliche Aufzählung der Vorsichtsmaßregeln gegen Unterschiebung eines fremden Kindes sich findet. Z. B. nicht weniger als drei Lichter im Geburtszimmer.
5) Das Zimmer soll nur eine Thür (aditus) haben oder behalten, und besonders bewacht werden.

chen Geburt benachrichtigen, damit diese ihr fünf Weiber als Aufseherinnen schicken können; neben denen nur zwei Hebammen zulässig sind. — Auch nach der Geburt muß das Kind, bis es sprechen kann, von Zeit zu Zeit den nächsten Erben vorgezeigt werden [1]). Versäumt die Frau eine der hierbei geltenden gesetzlichen Bestimmungen dergestalt, daß nach des Richters Ermessen [2]) die Echtheit des Kindes zweifelhaft wird: so verliert sie die bonorum possessio ventris nomine für sich [3]), und das Kind verliert die bonorum possessio ex Carboniano edicto [4]).

C. Erneuerung der geschiedenen Ehe.

§. 718.

Es steht den geschiedenen Parteien frei, die Ehe unter einander zu erneuern, vorausgesetzt daß alle Erfordernisse vorhanden sind, welche zu einer Eingehung der Ehe überhaupt gehören [5]). Die vorige dos ist alsdann stillschweigend von Neuem constituirt, wenn sie noch nicht zurückgezahlt worden [6]), und sofern sie an die Ehefrau selbst zurückgefallen ist [7]).

1) Die genauere Angabe der Zeitpuncte in l. l. §. 10. cit.

2) l. l. §. 10. fin. §. 15. l. 2. §. 1. D. eod. („si mihi justa causa videbitur esse.“)

3) Vgl. unten §. 843.

4) Vgl. unten §. 844.

5) l. 18. D. de ritu nupt. (23. 2.) l. 7. C. de nuptiis. (5. 4.) J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 19. §. 47.

6) l. 40. l. 64. D. de jure dot. (23. 3.)

7) l. 63. D. eod. Brenkmann de eurematicis. c. 4.

Vierter Abschnitt.

Von der zweiten Ehe.

I. Zulässigkeit.

§. 719.

Ist eine bisher bestehende Ehe rechtsgültig und völlig getrennt: so ist Eingehung einer neuen, sie sei die zweite, dritte oder eine noch spätere, nach Römischem und kanonischem Rechte [1]) an sich erlaubt. Man bezeichnet jede neue Ehe, nach Aufhebung einer vorhergehenden gültig eingegangenen, mit dem Ausdrucke secundae nuptiae, zweite Ehe, da die dritte und spätere sich als solche nicht besonders, vielmehr nur relativ wegen einer vorhergehenden, mithin immer nur als zweite Ehen auszeichnen. — Nach kanon. Rechte soll eine zweite Ehe eigentlich nur nach dem Tode des ersten Gatten möglich sein, da eine Scheidung nach den Grundsätzen der katholischen Kirche den sacramentalischen Charakter des Ehebandes nicht aufheben kann. Wenn jedoch die Umstände eine Wiederverheirathung des geschiedenen Gatten nicht bedenklich erscheinen lassen, wird von den kirchlichen Obern die Dispensation erwirkt [2]). — Nach dem protestantischen Kirchenrechte findet die zweite

1) l. 6. C. de secundis nuptiis (5. 9.) l. 4. C. de bonis quae lib. (6. 61.) Nov. 22. c. 22. seqq. Das kanonische Recht nennt die zweite Ehe bigamia successiva. J. H. Boehmer J. E. Pr. lib. I. tit. 21. §. 3. cf. c. 11. et 12. Caus. 31. qu. 1.; c. 1. Caus. 32. qu. 4.

2) Es sey denn, daß der schuldige Theil zu immerwähren-

der Pönitenz verurtheilt ward, und dann auch nach dem Tode des unschuldigen nicht wieder heirathen darf. c. 5. 6. Caus. 31. qu. 1.; c. 20. 22. 23. Caus. 32. qu. 7.; c. 12. X. de praesumtion. (2. 23.) Bei den Protestanten gilt dieß nicht. J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 7. §. 7. 8. et tit. 19. §. 45.

Ehe unstreitig Statt, wenngleich die erste durch Scheidung getrennt ist [1]); ausgenommen, wenn dem schuldigen Theile unter den Getrennten in dem Ehescheidungserkenntnisse die Strafe auferlegt ist, sich nicht wieder verheirathen zu dürfen. Nach der Praxis wird auch von solchen Verboten nachmals unter Umständen dispensirt. — Indessen hat die zweite Ehe in den Rechten immer ein gewisses Vorurtheil gegen sich behalten und es sind daran in der Gesetzgebung einige Nachtheile geknüpft [2]).

II. Nachtheile.

§. 720.

Daß die zweite Ehe nach den Römischen Sitten [3]), und auch nachmals der Ansicht des frühen Mittelalters gemäß, nicht begünstigt war, lag nicht an einer einseitigen moralischen Ansicht, sondern folgte aus der Regel, die man aus der Erfahrung abstrahirte, besonders in solchen Fällen, in denen aus der ersten Ehe Kinder vorhanden waren. Man nennt die gesetzlichen Nachtheile der zweiten Ehe zwar poenae secundarum nuptiarum [4]), aber es kann nicht behauptet werden, daß der Begriff der Strafe des zweitheirathenden Gatten den leitenden Grundsatz allein [5]) abgäbe; vielmehr soll zugleich eine rechtliche Wohl-

1) G. L. Boehmer princ. jur. can. §. 414.

2) v. Glück Pand. Bd. 24. §. 1217.

3) Vgl. besond. Zimmern Gesch. des Röm. Privatr. Thl. 1. §. 177. v. Glück a. a. O. Nov. 2. c. 3. pr., wo von der, welche Wittwe bleibt, gesagt wird: „hujusmodi mulierem et miramur pariter et laudamus et non procul a virginitate ponimus“; im Gegensatze der Wittwe, welche nicht kann „contra fervorem naturae resistere.“

4) Nov. 2. c. 2. §. 1.

5) Manche haben behauptet, der Begriff der Strafe falle nach kanonischem Rechte jetzt bei der zweiten Ehe ganz weg, da c. 4. 5. X. de secund. nupt. (4. 21.) sagen: „in domino nubat, cui

that für die Kinder erster Ehe erreicht werden. Jedoch können diese, wenn sie dispositionsfähig sind, auf ihre Vortheile aus der zweiten Ehe ihres Vaters oder ihrer Mutter Verzicht leisten; nur würde irrig sein, eine solche Verzichtleistung aus der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung der Kinder, sie seien mit der zweiten Ehe zufrieden, folgern zu wollen [1]). Leisten alle Kinder auf ihre gesetzlichen Wohlthaten aus der zweiten Ehe ihres Vaters oder ihrer Mutter gültig Verzicht, so macht der Erfolg keine weitern Schwierigkeiten; verzichtet aber nur ein Theil der Kinder oder eins derselben: so wird zunächst die Frage sein, ob die Verzichtleistung zu Gunsten des Zweitheirathenden ausdrücklich geschah. In diesem Falle wird Letzterer dadurch begünstigt. Geschah die theilweise Verzichtleistung unbestimmt für wen: so wird das Verzichtete den andern Kindern zuwachsen müssen [2]). — Eine andre Frage ist, ob nicht in der Macht des erststerbenden Gatten stehe, den überlebenden von den Strafen der zweiten Ehe zu befreien. Da freie Bestimmung im Testamente über sein

voluerit; per licentiam et auctoritatem apostoli, ejus infamia aboletur"; und: „non debet legalis infamiae sustinere jacturam" etc.; denn rede jede dieser Stellen freilich nur von dem Wegfallen der Infamie dispositiv, so gehe daraus doch das Princip klar hervor, daß die Strafen der zweiten Ehe abgekommen seyen. Allein diese Auslegung ist falsch; denn beide Stellen sprechen bloß von Eingehung einer zweiten Heirath auf Seiten der Frau während ihres Trauerjahrs, und nimmt dieser Handlung das Infamirende, ist also ein ganz specielles Gesetz und zugleich correctorisch; weßwegen es keineswegs ausgedehnt werden darf. Auch findet man ja den Verlust der Vormundschaft als Folge der zweiten Ehe im kanon. Rechte wiederholt. (l. 67. X. de appellat. (2. 28.)). Es ist mithin kein Grund vorhanden, ein Wegfallen der poenae secundarum nuptiarum aus dem kanon. Rechte herleiten zu wollen.

1) Pufendorf Obs. Tom. I. obs. 24.

2) G. L. Boehmer de restricta de bonis suis in favorem secundi conjugis disponendi facultate. (Elect. jur. civ. II. Nr. 12.) p. 607. seq.

Vermögen Jedem [1]) erlaubt ist: so kann der erststerbende Gatte von den Verlusten, welchen seine Freigebigkeiten bei zweiter Ehe des überlebenden gesetzlich bloßgestellt sind, diesen befreien; allein keineswegs kann jener die übrigen Folgen der zweiten Ehe aufheben [2]).

Die Nachtheile der Gatten zur Strafe der zweiten Ehe treffen entweder sowohl Mann als Frau, oder bloß die Frau. Die beide Gatten treffenden Nachtheile bestehen theils in einem Verluste am Vermögen, theils in Beschränkung der Dispositionsfreiheit. A) Der Zweitheirathende verliert alles Dasjenige, was ihm unter der Bedingung des Bleibens im verwittweten Stande vom ersten Gatten oder von dritten Personen hinterlassen oder geschenkt worden ist [3]). Nachdem über die Bedingung des Verharrens im Wittwenstande die Gesetzgebung mehrmals gewechselt [4]), bestimmt das neueste Römische Recht, daß einer Person, der Etwas unter der Bedingung des Bleibens im Wittwenstande hinterlassen oder geschenkt worden, die Wahl freistehen soll, ob sie zur zweiten Ehe schreiten und folglich das ihr Hinterlassene oder Geschenkte aufgeben, oder ob sie Letzteres behalten und die zweite Ehe ausschlagen wolle. Im Falle, daß man die Bedingung des Wittwenstandes zu erfüllen verspricht, kann man das unter derselben Hinterlassene oder Geschenkte dennoch nie innerhalb des ersten Jahres des Wittwenstandes [5]) fordern, außer wenn die Wiederverheirathung rechtlich unmöglich wird [6]).

1) Nov. 22. c. 2. pr.

2) l. 6. C. de secundis nuptiis. (5. 9.)

3) Nov. 22. c. 44. pr. §. 8.

4) v. Glück Pand. Bd. 24. S. 105. ff. S. 168. ff.

5) Ist die Bedingung von dem ersten Ehegatten gemacht: so kann das Jahr nicht wohl anders als für das erste des erfolgenden Wittwenstandes gerechnet werden; ist sie von einem Dritten aufgestellt: so muß man das Jahr von dem Tode des Testirers an berechnen.

6) Z. B. wenn der oder die

Ist das Jahr verflossen, und man macht dann den rechten Personen auf die rechte Art eine Caution (für den möglichen Fall, daß man dem Willen des Erblassers doch noch zuwider handeln würde) so kann man das Hinterlassene oder Geschenkte fordern [1]), da diese Caution [2]) bewirkt, daß die Bedingung einstweilen für erfüllt zu halten ist. Diese Sicherheitsleistung betrifft den Fall der Rückgabe mit allen Früchten [3]) der Zwischenzeit, wenn die hinterlassene oder geschenkte Sache unbeweglich ist; und der Honorirte soll dann eidlich caviren und außerdem sein ganzes Vermögen verpfänden, auch ohnedieß ein stillschweigendes allgemeines Pfandrecht eintreten [4]). Ist das Geschenkte oder Hinterlassene beweglich: so wird die nämliche Caution gemacht, geht aber bloß auf Zurücklieferung der Sache und auf Schadensersatz bei Verschlechterung derselben. Geld soll im Falle der Bedingungsverletzung mit den Zinsen, welche der Honorirte in der Zwischenzeit, sofern er es verliehen hatte, hätte erheben können, und, gebrauchte er es selbst, mit 4 Procent jährlicher Zinsen restituirt werden; danach ist also die Größe der Caution zu berechnen. — Der nicht wohlhabende Honorirte soll außerdem einen Bürgen stellen, und kann er diesen nicht schaffen: so soll der zur Rückforderung des Gegenstandes Berechtigte im Falle der dennoch eintretenden zweiten Ehe des Honorirten das Gegebene sofort von diesem oder jedem Dritten vindiciren dürfen; ist aber unter solchen Um-

Verwittwete das feierliche Gelübde ewiger Keuschheit ablegt, oder wenn sie sterben.

1) Nov. 22. c. 43. 44.

2) Ein Beispiel der Cautio Muciana, l. 4. §. 1. D. de condit. instit. (28. 7.) l. 6. l. 7. pr. l. 67. l. 73. l. 79. §. 2. l. 106. D. de condit. et demonstr. (35. 1.)

3) l. 76. §. 7. D. de legat. II. (31.) l. 79. §. 2. D. de condit. et demonstr. (35. 1.)

4) Vgl. oben §. 348. Thl. 2. S. 295.

ständen des Honorirten der Gegenstand in Geld bestehend: so soll die Unmöglichkeit genügender Caution die Folge haben, daß bloß 4 Procent jährlicher Zinsen statt des Gegebenen oder Hinterlassenen gefordert werden können [1]). — Gemacht werden muß die cautio Muciana stets dem, welchem rechtlich im Falle der Verletzung der Bedingung der Gegenstand zufallen wird; doch ist dieß im vorliegenden Verhältnisse von Justinian etwas näher bestimmt. Ist der herauszugebende Gegenstand Legat oder Fideicommiß: so muß die Caution dem Schuldner desselben, d. i. dem es im letzten Willen auferlegt ist, geleistet werden; er sei der Erbe oder ein Dritter [2]). Bei einer Schenkung von Todes wegen wird bloß dem Erben cavirt. Ist der Gegenstand eine Erbschaft selbst, und ist dem Eingesetzten Jemand substituirt: so muß dem Substituten cavirt werden; und ist keine Substitution gemacht: so cavirt man den eventuell berechtigten Miterben oder dem Intestaterben. Demjenigen, welchem die Caution geleistet ist, stehen im Falle der Bedingungsverletzung gegen den Honorirten sowohl als gegen alle andern Besitzer der Sache dieselben Klagen zu, als ob die Sache dem Honorirten nie wäre gegeben worden [3]); dieser als Cavent zieht dann [4]) aber seine Caution, wenn sie nicht nöthig ist, zurück. — B) Der Zweitheirathende verliert wegen des Eingehens der zweiten Ehe ferner das Eigenthum alles dessen, was er

1) Schreitet der Honorirte dann doch zur zweiten Ehe, so ist er zur Rückgabe der Zinsen verpflichtet, die er ausgezahlt bekommen; wird aber eine Wiederverheirathung desselben durch seinen Tod oder auf andere Weise unmöglich: so erhält er den Gegenstand selbst ausgezahlt.

2) l. 4. pr. l. 5. §. 2. D. quando dies legat. v. fid. ced. (36. 2.) l. un. §. 7. C. de caducis tollendis. (6. 50.) l. 7. §. 1. l. 67. l. 73. D. de condit. et demonstr. (35. 1.)

3) Nov. 22. c. 44. §. 6.

4) l. 73. D. de condit. et demonstr. (35. 1.)

durch Freigebigkeit des ersten Gatten erhalten hat. Es fällt dann an die Descendenten der ersten Ehe und der Zweitheirathende behält nur den Nießbrauch daran [1]). — Dieser Verlust beschränkt sich aber streng auf die Freigebigkeiten des ersten Gatten, also nicht auf den gesetzlichen Erwerb aus dessen Vermögen (z. B. den Erbtheil der armen Wittwe). Diejenigen Descendenten aus der ersten Ehe, welche sich so schlecht gegen den Zweitheirathenden benommen haben, daß er sie hätte enterben können, sollen übrigens dieß Eigenthum an dem erwähnten Verluste des Zweitheirathenden nicht fordern können; dagegen soll auch der Zweitheirathende unter seinen Kindern erster Ehe dasjenige oder diejenigen nicht auswählen dürfen, welchem oder welchen er die verlornen lucra nuptialia zuwenden möchte, vielmehr sollen alle diese Kinder daran Theil haben, mit Ausnahme der ingrati [2]). — Sollte der Zweitheirathende, obwohl ihm bloß der Nießbrauch an jenen Freigebigkeiten des ersten Gatten bleibt, das Eigenthum aber und das Veräußerungsrecht abgehet, dennoch Sachen, welche dazu gehören, veräußert haben: so können die Kinder diese, als ihr Eigenthum, vindiciren; hat der Zweitheirathende die Sachen consumirt, so haben sie eine Klage auf Schadens-

1) Anfangs eine nur für die Frau gemachte Verordnung, nachmals auf den Mann ausgedehnt. l. 3. pr. l. 5. pr. C. de sec. nupt. (5. 9.) Nov. 22. c. 23. Als Aequivalent für diesen Erwerb der Kinder erster Ehe sollen denen zweiter Ehe die aus dieser stammenden lucra nuptialia des zweitheirathenden Gatten ausschließlich verbleiben, Nov. 22 c. 29

2) In den ältern kaiserlichen Verordnungen galt eine Wahl dessen oder derer unter den Kindern erster Ehe, welchem oder welchen der Zweitheirathende die verlorenen Freigebigkeiten zuwenden wollte. l. 3. pr. l. 5. pr. C. de sec. nupt. (5. 9.) Justinian schaffte die Wahl in der Nov. 2. c. 1. Nov. 22. c. 25. ab und sagt Nov. 22. c. 26. §. 1.: „sicut electionem prohibemus, et denuo omnibus similiter damus talia praemia; sic ea quae de ingratitudine sunt, non interimimus.

ersatz gegen die Erben des Verbrauchers. Merkwürdig ist dabei, daß diese Regel den Kindern der ersten Ehe sogar das Recht giebt, die vor Eingehung der zweiten Ehe vom Zweitheirathenden veräußerten Sachen durch Rescission der Veräußerung zu verfolgen [1]). Stirbt jedoch nach der zweiten Verheirathung des überlebenden Gatten eines der Kinder erster Ehe ohne Nachkommenschaft, von welcher dasselbe nach Intestaterbrecht repräsentirt wird: so fällt ein verhältnißmäßiger Theil von der dem verstorbenen Kinde aus dem Betrage jener verlorenen Freigebigkeiten zukommenden Portion dem Zweitheirathenden definitiv und eigenthümlich zu; ein Theil, welcher berechnet wird erstens nach demjenigen, was sich in den Ehepacten der überlebende Gatte auf den Fall der kinderlosen Ehe ausbedungen hat, und zweitens nach der Portion des verstorbenen Kindes an den auf die Kinder im Ganzen übergegangenen Freigebigkeiten [2]). — Die Dispositionsfreiheit des Gatten wird durch eine zweite Ehe auf mannigfaltige Weise beschränkt: a) Wenn sie einem Kinde erster Ehe künftig fällig werdende Vermächtnisse schuldig sind: so müssen sie bei Eingehung der zweiten Ehe deßhalb Bürgschaft machen [3]). b) Der Zweitheirathende und dessen zweiter Gatte können während ihrer Ehe die dos und donatio propter nuptias nicht herunterfetzen [4]); sofern Kinder aus der ersten Ehe da sind, denen dadurch der mögliche Gewinn des Zuvielgegebenen der dos oder don. p. n. entzogen werden würde, — was aus

1) l. 5. pr. C. eod. Nov. 2. c. 2.: supervenientibus secundis nuptiis alienatio evacuatur."

2) Nov. 2. c. 2. pr. u. besonders Nov. 22. c. 26. pr.

3) l. 6. §. 1. C. ad SC. Treb. (6. 49.) Nov. 22. c. 41. Viele beschränken dieß bloß auf den Vater, s. v. Glück Pand. Bd. 24. S. 185—188.

4) Nov. 22. c. 31. Cujacius ad Nov. 22. l. c. p. 1079.

dem Folgenden klar wird. c) Nämlich die Kaiser Leo und Anthemius haben das Gesetz gegeben [1]), daß der Zweitheirathende seinem zweiten Gatten [2]) nicht mehr, auf irgend einem Wege der Freigebigkeit, zuwenden darf, als dasjenige Kind erster Ehe aus dem Vermögen des Zweitheirathenden erhält, welches am wenigsten bekommt [3]). Auch hier ist nichts weiter als Erwerb des zweiten Gatten durch Freigebigkeit des Zweitheirathenden gemeint; also weder die Folge oneroser Geschäfte, noch gesetzlicher Bestimmung. Es ist auch hinreichend, wenn jedes der Kinder erster Ehe mit Einrechnung ihres Pflichttheils so viel erhält, wie der zweite Gatte, also theils ist es irrig anzunehmen, sie müßten zuvörderst ihr Pflichttheil vorweg, und außerdem noch so viel erhalten, wie der zweite Gatte bekommt; und theils ist nicht nöthig, daß sie mehr, als dieser erhalten [4]). Da das Vermögen des Zweitheirathenden oder auch die Zahl der Kinder erster Ehe zu verschiedenen Zeiten verschieden sein kann: so ist eine Bestimmung erforderlich und es gilt in beider Rücksicht als Zeitpunct der Berechnung die Zeit des Todes des Zweitheirathenden [5]). — Wenn nun ungeachtet dieser gesetzlichen Bestimmung dem zweiten Gatten ein Mehreres durch Freigebigkeit zugewandt worden ist: so soll nicht eine andre, Gleichheit hervorbringende, richtigere Eintheilung gemacht, sondern der ganze Ueberschuß, Alles was der zweite Gatte zuviel bekommen, diesem genommen, und lediglich den Kindern erster Ehe [6]) mit gleichmäßiger Vertheilung zu-

1) l. 6. C. de sec. nupt. (5. 9.)

2) Wohl zu merken, nicht die Kinder zweiter Ehe sind von einem solchen Vorzuge ausgeschlossen.

3) l. 6. pr. C. cit. Nov. 22. c. 27.

4) Faber conj. jur. civ. lib. 14. c. 17.

5) Nov. 22. c. 28.

6) Gleichgültig, ob sie des Zweitheirathenden Erben werden, oder nicht.

erkannt werden. Die Kinder zweiter Ehe haben an diesem Ueberschusse keinen Antheil [1]). Uebrigens werden auch liberi ingrati [2]) aus der ersten Ehe nicht mitgerechnet; nicht nur so, daß der zweite Gatte wegen Wegfallens der ingrati mehr bekommt, als wenn diese mitgezählt würden, sondern auch so, daß der Ueberschuß der Freigebigkeit an ihn unter die Kinder erster Ehe, mit Ausschluß der ingrati, vertheilt wird [3]). — Die besondern Nachtheile der Frau, welche zum zweiten Male heirathet, bestehen darin: a) Daß sie die Erziehung ihrer Kinder [4]) und die über dieselben geführte Vormundschaft verlieren soll [5]). Daß der Vater über sein emancipirtes unmündiges Kind die Tutel durch zweite Heirath verliere, sagen die Gesetze nirgends. — Mehrere Neuere nehmen an, daß im Falle der Stiefvater einen anerkannt guten Ruf habe, die Mutter auch von erprobter Zärtlichkeit gegen ihre Kinder erster Ehe sei, das Gericht ihr die Erziehung und Vormundschaft über diese lassen könne; indessen beschränkt sich die Praxis meist darauf, ihr die Erziehung bis zum Hervortreten bedenklicher Umstände zu lassen [6]). b) Die Schenkungen, welche eine Mutter (oder Großmutter) an die Kinder (oder Enkel) aus der ersten Ehe gemacht hat, werden durch die

1) Justinian's abändernde Gesetzgebung hat er selbst nachmals wieder aufgehoben. Vgl. l. 9. pr. C. de secund. nupt. (5. 9) mit Nov. 22. c. 27.: „ex secundis nuptiis filiis participari etiam horum, scriptum quidem in quadam constitutione est, non tamen etiam nunc nobis placet."

2) Vgl. unten §. 967.

3) l. 6. pr. C. de sec. nupt. (5. 9.) Nov. 22. c. 27.

4) Die Großmutter die der Enkel.

5) l. 1. C. ubi pup. educari deb. (5. 49.) Nov. 22. c. 38.; c. 67. X. de appellat. (2. 28.) v. Glück Bd. 24. S. 202. ff.

6) Stryk Us. mod. Pand. 27, 2. §. 2. Lauterbach colleg. theor. pr. Pand. p. 2.; 27. 2. §. 3. Hofacker Princip. jur. civ. Rom. Germ. Tom. 1. §. 668. Not. c.

Wiederverheirathung weniger widerruflich [1]). c) Endlich verliert die Mutter (oder Großmutter) dasjenige, was ein Kind (oder ein Enkel) aus der ersten Ehe von dem verstorbenen Manne erhalten [2]), und was es an sie ab intestato [3]) vererbt hat, aus dem Eigenthume, und behält an den Sachen bloß den lebenslänglichen Nießbrauch. Es ist dabei gleichgültig, auf welche Weise das vom Vater herrührende Vermögen auf das Kind erster Ehe gekommen ist, ob ab intestato oder mittelst Testaments, oder zufolge eines lucrativen Geschäfts unter Lebendigen; ferner ist ohne verschiedenen Erfolg, ob die Mutter (Großmutter) erst nach dem Tode des Kindes oder schon vorher die zweite Ehe geschlossen hat. — Daß dieser zuletzt abgehandelte Nachtheil auch den Mann, nicht bloß die Frau, treffe, wie Viele in Folge der Aeußerung Justinians in einer Novelle [4]) annehmen wollen, kann der strengern Auslegung nicht zusagen. — Der Verlust des Namens und Standes des ersten Mannes [5]) ist für die zweitheirathende Frau nur dann ein

1) s. §. 502. Thl. 2. S. 314. 315.

2) Nov. 22. c. 46 §. 2. verb.: „sed quanta quidem ex paterna substantia“ etc.

3) Vordem hatte dieß nicht bloß von dem ab intestato Geerbten gegolten; aber Justinian sprach die Bestimmung zuletzt so aus, wie im Texte gesagt ist. l. 3. §. 1. C. de secund. nupt. (5. 9.) l. 5. C. ad SCt. Tertullianum. (6. 56.) Nov. 2. c. 3. pr. Nov. 22 c. 46.

4) Nov. 2. c. 2. §. 1. Gegen die Meinung derer, welche auch den Mann von diesem Nachtheile bedroht annehmen, spricht theils, daß l. 3. §. 1. C. de sec. nupt. (5. 9.) bloß von der Mutter redet, und daß gerade in derjenigen Verordnung, welche von den Nachtheilen beider Gatten redet, l. 5. pr. C. eod., von dem hier in Frage kommenden besondern Nachtheile nichts sagt; theils wegen Nov. 2. c. 3. pr. und Nov. 22. c. 46. selbst, welche Stelle namentlich nur von der Mutter redet, was der Ausdrucksweise Justinian's nicht entspricht, wo er beide Gatten meint. A. M. ist mit vielen Andern auch v. Glück Pand. Bd. 24. S. 138. Dess. Intestaterbfolge. 2te Ausg. S. 592. ff.; v. Weninge-Ingenheim Civilr. 4. Buch. §. 64. S. 49. 50.; auch, wie es scheint, die Praxis. Vgl. v. Glück an den ang. Orten.

5) Cujacii expl. nov. 22.

Nachtheil zu nennen, wenn das Verlorene für sie einen Werth haben konnte, der durch die zweite Heirath nicht ersetzt wird.

III. Trauerjahr [1]).

§. 721.

Die Frau soll nach Röm. Rechte den verstorbenen Mann ein Jahr betrauern, ihr Trauerjahr [2]) halten, und unterdessen nicht wieder heirathen [3]). Entleibte sich der Mann oder starb als Missethäter [4]), so brauchte die Frau ihn zwar nicht zu betrauern; aber sie mußte doch ein Wartejahr zur Vermeidung einer Ungewißheit in der Vaterschaft [5]) des etwa geboren werdenden Kindes nach derselben Strenge aushalten. Von diesem Wartejahr ohne Trauer jedoch ist sie entbunden, wenn sie nach dem Tode des Mannes geboren hat [6]); ist sie aber den Mann zu betrauern verbunden, so wird ihr Trauerjahr durch das Gebären eines Kindes nicht abgekürzt. — Die Verletzung [7]) des Trauerjahrs durch zweite Heirath (oder Unzucht [8]), vgl. folg. §.) bestraft das Röm. Recht a) durch Infamie [9]) der

1) Zimmern Geschichte des Röm. Privatr. Thl. 1. §. 176.

2) v. Glück Pand. Bd. 5. §. 379. S. 178 ff. Bd. 22. §. 1191. S. 393. Not. 24. Bd. 24. §. 1217. S. 189 ff. l. 2. C. de sec. nupt. (5. 9.) Ekhard herm. jur. §. 151.: „*Luctus religionem* priori viro praestare.“

3) l. 1. D. de his qui not. infam. (3. 2.) Doch kann sie unter geeigneten Umständen nach der Praxis Dispensation erhalten.

4) l. 11. §. 1. 3. D. eod.

5) Cujacii obs. lib. 6. c. 32. v. Bynkershoek obs. lib. 5. c. 12. Dieß Wartejahr findet auch nach der Trennung der Ehe durch Scheidung Statt, l. 8. §. 4. l. 9. C. de repud. (5. 17.); aber ohne Strafe der Uebertretung.

6) l 11. §. 2. D. de his qui not. inf. (3. 2.)

7) Verloben darf sich die Frau innerhalb des Trauerjahrs nach Belieben, l. 9. §. 1. l. 10. §. 1. D. eod.

8) Nov. 39. c. 2. §. 1.

9) l. 1. D. eod. l. 1. C. de sec. nupt. (5. 9.)

Zweitheirathenden, welche Wirkung indessen vom kanonischen Rechte im Falle der zweiten Verehelichung aufgehoben ist [1]); b) dadurch, daß die Frau alle vom ersten Manne bekommenen Vortheile verliert, obgleich keine Kinder aus der ersten Ehe da sind [2]); c) dadurch, daß sie nun ihrem zweiten Manne auf keinen Fall mehr als ein Dritttheil ihres Vermögens zuwenden kann [3]); d) endlich dadurch, daß sie von Niemanden aus dessen Testamente Etwas erhalten, ab intestato aber bloß ihre Verwandten des ersten, zweiten und dritten Grades beerben kann [4]). Selbst der Landesherr soll diese Folgen der Verletzung des Trauerjahrs nur dann erlassen können, wenn die Frau die Hälfte ihres Vermögens ihren Kindern erster Ehe abtritt [5]). — Der Mann braucht kein Trauerjahr zu beobachten; doch pflegen ihm Particulargesetze eine Frist zu bestimmen, innerhalb welcher er nicht wieder heirathen darf.

IV. Unzucht der Frau.

§. 722.

Jede von Seiten der Ehefrau nach Aufhebung der Ehe begangene Unzucht wird ihr mindestens als zweite Heirath angerechnet [6]); ja sie ist ihr noch nachtheiliger, denn wenn das neueste Römische Recht, der zweiten Ehe ungeachtet, die Revocation der den Kindern erster Ehe gemach-

1) c. 4. 5. X. de secundis nupt. (4. 21.), aber nicht die übrigen Römischen Folgen der Verletzung hat es aufgehoben. Vgl. §. 720. Not. 3. oben. A. M. ist v. Glück, Bd. 24. S. 197 f. nach J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 21. §. 17. 18.

2) l. 1. l. 3. C. eod.

3) l. 1. C. eod. Nov. 22. c. 22.

4) l. 1. C. cit. Nov. 22. c. 22. pr. §. 1.

5) l. 4. C. ad SCtum Tertull. (6. 56.) Nov. 22. c. 22. §. 1.

6) l. 7. C. de revoc. donat. (8. 56.) Nov. 39. c. 2. Pufendorf Tom. 4. obs. 214.

ten Schenkungen in gewissen Fällen erlaubt (§. 720.), und das kanonische Recht die Strafe der Ehrlosigkeit wegen der Eingehung einer zweiten Ehe vor Ablauf des Trauerjahrs aufhebt (§. 721.), so ist dieß auf eine begangene Unzucht nicht mit zu erstrecken [1]).

Fünfter Abschnitt.

Von dem Verlöbniß.

I. Begriff.

§. 723.

Der Ehe voraufzugehen pflegt das Verlöbniß (sponsalia), d. h. die zwischen zwei Personen getroffene Uebereinkunft, dereinst eine Ehe vollziehen zu wollen [2]). Das Römische Recht kennt nur eine Art des Verlöbnisses; die Kanonisten [3]) aber verfielen zur Erklärung der in der Bibel und bei den Kirchenvätern hin und wieder vorkommenden Gleichstellung der Ehegatten und Verlobten, auf die Erklärung, das Verlöbniß sey jeder unter zwei Personen verschiedenen Geschlechtes einer Ehe wegen eingegangene Vertrag, so lange es noch an den zur Vollziehung des Eheverbandes nöthigen kirchlichen Förmlichkeiten mangele; und in Folge dieser Definition auf die Unterscheidung der sponsalia **de präsenti** und **de futuro** (matrimonio) [4]); wovon das erste wahre Ehe [5]) ohne kirchliche Förmlichkei-

1) v. Bülow's u. Hagemann's pr. Er. B. 2. Nr. 60.
2) l. 1. D. de sponsal. (23. 1.)
3) Das ältere kanon. Recht stimmte jedoch mit dem neuern Röm. Rechte über den Begriff der Sponsalien noch völlig überein, c. 3. Caus. 30. quaest. 5.
4) cap. 30. c. 31. X. eod. (4. 1.) cap. 3. X. de sponsa duorum. (4. 4.) v. Glück Pand. Bd. 23. §. 1198.
5) cap. 14. X. de convers. conjug. (3. 32.)

ten war, besonders wenn sie auf dem bloßen Beischlaf der Verlobten beruhte [1]). Da nun auf diese Weise (unter den Protestanten überall, und bei den Katholiken da, wo das tridentinische Concilium [2]) angenommen worden ist) keine Ehe mehr entstehen kann, so sollte man die sponsalia de **präsenti** ganz aufgeben; am wenigsten aber mit Luther den Unterschied zwischen unbedingten und bedingten Verlöbnissen substituiren, und jene als sponsalia de **präsenti** behandeln [3]).

II. Wirkungen des Verlöbnisses.

§. 724.

Um die Wirkungen des Verlöbnisses richtig zu bestimmen, muß man von den eigentlichen Sponsalien dasjenige unterscheiden [4]), was diesen noch nicht gleichsteht, obschon es öfters damit verwechselt wird. Verlöbnißunterhandlungen (Tractate) sind bloß Besprechungen und Vorschläge, welche gegenseitig gemacht werden, um ein Eheversprechen zu Stande zu bringen. Aus solchen Unterhandlungen entsteht gar keine rechtliche Verbindlichkeit; jeder Theil kann frei davon abgehen. Auch das bloße Jawort ist noch kein Verlöbniß, sondern nur zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts, die einander zu heirathen

1) J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 1. §. 10—23.

2) Denn dieß erkennt keine Ehe für gültig, welche nicht durch Erklärung des Eheconsenses vor dem competenten Pfarrer und in Gegenwart von wenigstens zwei Zeugen eingegangen worden ist. Conc. Trid. de reform. matrim. Sess. 24. c. 1. Fehlt es bei Beobachtung dieser Formen doch an der priesterlichen Einsegnung noch, so kann man einen solchen unvollkommenen Ehevertrag allerdings auch noch jetzt bei den Katholiken sponsalia de **präsenti**, im Gegensatz der feierlich vollzogenen Ehe nennen. v. Glück a. a. O. S. 72.

3) J. H. Boehmer l. c. §. 24—42.

4) v. Glück Pand. Bd. 22. S. 384. ff.

beabsichtigen, ein Vertrag, ein rechtsbeständiges Verlöbniß demnächst einzugehen [1]). Das Jawort beabsichtiget eine künftige Verlobung, das Verlöbniß eine künftige Ehe. Man pflegt sich des Jawortes vor der Verlobung zu deren Vorbereitung besonders dann zu bedienen, wenn Particulargesetze für das Verlöbniß eine besondere Form vorschreiben. In diesem Falle ist factisch das Jawort vom Verlöbnisse leicht zu unterscheiden; ist aber keine Form für Letzteres vorgeschrieben: so kann unter Umständen die Unterscheidung schwierig seyn; wobei die Gewohnheit des Ortes vorzüglich und um so mehr in Betracht zu ziehen ist, als sich nicht leugnen läßt, daß in der Ansicht des gemeinen Lebens Jawort meistens für Verlöbniß gehalten wird [2]). — Auch eine bloße Bewerbung oder Anwerbung, d. i. der Antrag eines Theils an den andern, in der Absicht ein Verlöbniß zu schließen (von dem Ehelustigen selbst oder einem Freiwerber gemacht), ist mit rechtsbeständigen Sponsalien nicht zu verwechseln. So lange auf den Antrag noch nicht von der andern Seite eingewilliget ist, kann der, welcher den Antrag gemacht hat, ihn noch immer zurücknehmen. Die beifällige Erklärung auf die Anwerbung geschieht durch das Jawort, das dann unmittelbar zur Verlobung oder zuvor noch zu Verlöbnißtractaten über etwa vorher abzuschließende Puncte führen kann. Nach Röm. Recht entspringt auch aus dem wirklichen Verlöbniß keine Klage auf Vollziehung der Ehe [3]); nach dem kano-

1) Chr. Aug. Gottschald D. de sponsionibus sponsalium sive vom Jaworte.

2) Gottschald l. c. c. 1. §. 4. et c. 2. §. 4.

3) l. 1. C. de spons. (5. 1.) Sogar entsteht daraus nicht einmal eine Klage auf id quod interest. l. 5. C. eod. l. 14. C. de nupt. (5. 4.) l. 2. fin. C. de repud. (5. 17.) Hasse Güterr. der Ehel. §. 37.

nischen Rechte ist dieß zwar anders [1]); indessen ist der absolute Zwang auch von diesem mißbilligt [2]). Ist mit der Braut der Beischlaf vollzogen, so verfährt man mit dem Bräutigam am wenigsten gelinde [3]); indessen dürfte es auch hier gerathener seyn, statt des absoluten Zwanges die Braut für Ehefrau, und das Kind für ehelich zu erklären; ein Auskunftsmittel, welches man auch da ergreift, wo der Bräutigam durch Tod die von ihm schwangere Braut zu ehelichen verhindert wird [4]). In einiger Beziehung wird die Braut der Frau gleichgestellt; namentlich bei der Dotalforderung hat auch die Braut das privilegium exigendi (s. Thl. 3. S. 83. 84.); sie braucht ein Zeugniß gegen den Bräutigam nicht abzulegen (s. ebend. S. 541.); eine ihr angethane Beleidigung ist eine mittelbare Injurie für den Bräutigam (s. ebend. S. 429.); bei den Eheverboten wegen zu naher Verwandtschaft wird die Verlobte des Ascendenten oder Descendenten ebenfalls der Frau desselben gleichgestellt (s. oben §. 707.); das Veräußerungsverbot beim fundus dotalis gilt schon gegen den Bräutigam (s. §. 681.); auch ist die Braut, wie die Frau, dem Verlobten unverbrüchliche Treue schuldig [5]). — Eingehung eines zweiten Verlöbnisses, so lange ein ersteres noch besteht, ist mit der Strafe der Infamie bedroht [6]). Eine Conventionalstrafe zur Bestärkung des Verlöbnisses verwirft das Römische Recht [7]), und das kanonische scheint damit

1) cap. 10. X. eod. (4. 1.) J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 1. §. 151 — 156.

2) cap. 17. X. eod. J. H. Boehmer lib. 4. tit. 1. §. 48 — 54. Pufendorf Tom. 3. obs. 198. v. Glück Pand. Bd. 23. S. 80 — 83.

3) J. H. Boehmer lib. 4. tit. 1. §. 56. tit. 3. §. 49.

4) J. H. Böhmer lib. 4. tit. 3. §. 50.

5) l. 13. §. 3. 8. D. ad l. Jul. de adult. (48. 5.)

6) l. 1. fin. l. 13. §. 4. de his qui not. inf. (3. 2.)

7) l. 2. C. de inut. stip. (8. 39.)

übereinzustimmen [1]), man pflegt sie aber jetzt zuzulassen [2]). Unter mehreren Verlöbnissen geht das ältere vor [3]), das jüngere müßte denn zur Ehe geworden, oder sponsalia de praesenti seyn [4]).

III. Eingehung des Verlöbnisses.

§. 725.

Alle Ehehindernisse sind auch Verlöbnißhindernisse [5]); selbst temporäre, wie die Vormundschaft [6]). Doch können Unmündige nach Zurücklegung des 7ten Jahrs sich in sofern gültig verloben, daß der mündige Gegner allein gebunden ist, während sie sogar nach erreichter Pubertät abgehen können [7]); auch steht das Trauerjahr der Eingehung eines Verlöbnisses nicht im Wege [8]). Mangel des väterlichen Consenses hat für das Verlöbniß, wenn es nicht sponsalia de praesenti (keineswegs auf unbedingtes Verlöbniß [9]) auszudehnen) sind, Nichtigkeit zur Folge [10]). Die Eingehung selbst kann öffentlich und unter vier Augen erfolgen [11]). Zwang, Furcht und Irrthum wirken gemeinrechtlich beim

1) cap. 29. X. de spons. Vgl. jedoch v. Glück Pand. a. a. O. S. 83. ff.

2) Stryk U. M. P. XXIII. 1. §. 4.

3) cap. 15. 22. X. eod.

4) cap. 22. 31. X. eod. Ueber die unrichtige Anwendung auf unbedingte Sponsalien: J. H. Boehmer lib. 4. tit. 1. §. 61—66. Bei heimlicher Ehelichung der zweiten Braut giebt die Praxis dem ersten Verlöbniß den Vorzug. Hagemann prakt. Erört. Bd. 7. Nr. 27.

5) l. 15. l. 16. D. de sponsal. (23. 1.) l. 60. §. 5. D. de ritu nupt. (23. 2.)

6) l. 15. D. de sponsal. (23. 1.) l. 60. §. 5. D. de ritu nupt. (23. 2.)

7) cap. 5. 7. 8. X. de despons. impub. (4. 2.)

8) l. 10. §. 1. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) Auch hindert das Verhältniß des Beamten in der Provinz nicht. l. 38. pr. D. de ritu nupt. (23. 2.) Vgl. §. 705. S. 208. Not. 6.

9) J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 1. §. 60.

10) l. 7. §. 1. D. de spons.

11) J. H. Boehmer l. c. §. 101. 102. Nach Particularrechten werden heimliche Verlöbnisse meistens für nichtig angesehen.

Eingehen der Verlöbnisse, wie bei dem der Verträge überhaupt [1]). Bedingungen und Zeitbestimmungen sind zulässig, werden aber als erlassen betrachtet, wenn die Verlobten concumbiren [2]). Particularrechte haben in Deutschland über die Eingehung des Verlöbnisses besondere Vorschriften.

IV. Aufhebung des Verlöbnisses.

§. 726.

Die Aufhebung des Verlöbnisses erfolgt: a) durch Verwandlung in Ehe; b) durch Tod des einen Verlobten; c) durch Eintritt eines Ehehindernisses [3]); d) durch Aufkündigung (repudium) [4]), nach dem Römischen Recht ohne Einschränkung [5]), nach dem kanonischen bei sponsalia de **präsenti** (denen aber unbedingtes Verlöbniß [6]) nicht gleich ist) überhaupt nicht, bei sponsalia de **futuro** nur in sofern, als der Gegner die Aufkündigung annimmt [7]), oder doch unter Verlust des Mahlschatzes und der Brautgeschenke, falls nicht der Repudiant gerechte Gründe dazu hat [8]), wozu theils eine gröbliche Verletzung der Verlöbnißtreue [9]), theils eine wesentliche Veränderung in der Person des Gegners, theils grundlose Verzögerung der Ehe über zwei Jahr, wenn die Verlobten in einer Provinz wohnen

1) v. Glück Pand. Bd. 22. §. 1193. und Bd. 23. §. 1195.

2) cap. 3. 6. X. de cond. appos. (4. 5.) Desgleichen, wenn der eine Verlobte die Erfüllung der Bedingung hinderte, während der andere ihr nachzukommen bereit war, l. 85. §. 7. de V. O. (45. 1.) l. 161. D. de R. J. (50. 17.) v. Glück Pand. Bd. 23. S. 6 — 11.

3) cap. 4. X. de sponsal. (4. 1.) cap. 8. X. de eo, qui cogn. (4. 13.)

4) l. 191. D. de V. S.

5) l. 1. C. de spons. (5. 1.)

6) J. H. Boehmer J. E. Pr. l. 4. tit. 1. §. 162.

7) J. H. Boehmer l. c. §. 161.

8) J. H. Boehmer l. c. §. 163 — 182.

9) cap. 5. X. de spons.

(außerdem über drei Jahr); theils schlechter Lebenswandel und Umstände, welche eine unglückliche Ehe nach vernünftigen Schlüssen voraussehen lassen, theils eine früher nicht gekannte Religionsverschiedenheit gehören [1]). Bei Hauskindern bedarf es zur Aufkündigung des Consenses des Hausvaters [2]).

V. Vom Mahlschatz und von den Brautgeschenken.

§. 727.

Unter Mahlschatz (arrha sponsalitia) versteht man das Geschenk, welches nach Schließung des Verlöbnisses zu dessen Beweise und Befestigung von dem Bräutigam an die Braut, oder von dieser an jenen, oder von beiden wechselseitig gegeben wird [3]). Geschenke, welche außerdem unter den Verlobten in Rücksicht ihrer Verbindung und unter Voraussetzung der künftigen Ehe vorfallen, heißen Bautgeschenke (munera sponsalitia). Beide Arten setzen die künftige Ehe als stillschweigende Bedingung voraus. — Zwischen der gewöhnlichen [4]) Arrha, als Bestärkungsmittel eines Vertrags, und dem Mahlschatze ist eine gewisse Aehnlichkeit, welche darin liegt, daß sie als Zeichen für das Contractsverhältniß gilt. Aber der Unterschied zwischen beiden Arrhen beruhet theils darin, daß die gewöhnliche auf Erfüllung eines obligatorischen Verhältnisses gerichtet ist, die unter Brautleuten bloß den Abschluß des Verlöbnisses symbolisch anzeigt und deßwegen auch andern Regeln bei der Erfüllung oder Nichterfüllung

1) cap. 25. X. de jurej. (2. 24.) Thibaut System. §. 419. v. Wening-Ingenheim Civilrecht. Bd. 4. §. 19.

2) l. 10. D. de spons. (23. 1.)

3) l. 38. pr. D. de ritu nupt. (23. 2.) l. 16. C. de episcop. audient. (1. 4.)

4) Vgl. Thl. 2. §. 421.

des beabsichtigten Geschäftes folgt. Denn wird die Ehe abgeschlossen, so wird diese arrha sponsalitia nicht zurückgegeben, sondern die Eheleute haben ein unwiderrufliches Recht daran erworben [1]; unzweifelhaft wenigstens nach deutschen Sitten [2]. Wird die Ehe aber nicht eingegangen, das Verlöbniß jedoch mit beiderseitiger Bewilligung getrennt: so gilt die Verabredung der Getrennten, und in Ermangelung einer solchen muß Rückgabe des Mahlschatzes [3] eintreten. Hebt der Tod [4] das Verlöbniß auf: so ist die Arrha zurückzugeben; und eben dieß gilt, wenn ein andrer Zufall ohne Schuld einer der verlobten Personen [5] das Verlöbniß trennt. Sofern aber einer der Verlobten durch seine Schuld die Trennung des Verlöbnisses veranlaßt: so verliert dieser schuldige Theil den seinerseits gegebenen Mahlschatz, und muß außerdem das Empfangene zurückgeben; hatte er nichts gegeben, wohl aber Etwas empfangen: so muß er dieß zurückgeben und außerdem einen gleich großen Werth entrichten [6]. Ist aber ein gerechter Grund zum Rücktritte da, so braucht man nie mehr als das Empfangene herauszugeben. — Was nun von dem Mahlschatze gilt, dasselbe wird auch bei den Brautgeschenken [7])

1) l. 7—9. l. 12. 13. C. de don. ante nupt. (5 3.)

2) Hofacker princip. jur. civ. R. G. T. I. §. 390.

3) l. 1. §. 1. D. de donat. (39. 5.)

4) l. 3. C. de sponsal. (5. 1.) v. Glück Pand. Bd. 24. S. 394. 395.

5) Man zählt dahin auch, wenn eine der Parteien in einen geistlichen Orden tritt. l. 56. pr. C. de episc. et cleric. (1 3.) l. 16. C. de episc. audient. (1. 4.)

6) l. 15. C. de don. ante nupt. (5. 3.) l. 5. C. de sponsal. (5 1.) Nur wenn die Braut noch minderjährig und nicht für volljährig erklärt ist, giebt sie bloß das zurück, was sie empfangen hat; welche Bestimmung allerdings auf den Bräutigam auszudehnen ist.

7) Das ältere Röm. R. sah munera sponsalitia als einfache Schenkung an, folglich als unwiderruflich, l 7 l. 10 – 12. C. de don. ante nupt. (5. 3.); aber das neuere betrachtet sie als donatio propter causam, und ge-

beobachtet; jedoch mit folgender Ausnahme. Die Brautgeschenke werden, im Falle der Tod das Verlöbniß aufhebt, vom Bräutigam oder dessen Erben an die Braut oder deren Erben unbedingt zurückgegeben; die Braut (oder deren Erbe) aber behält, wenn das Geschenk ihr mittelst eines Kusses vom Bräutigam gleichsam bestätigt ist (interveniente [1]) osculo), die Hälfte des Geschenkten, und nur die andre Hälfte fällt an den Bräutigam oder dessen Erben zurück. — Haben sich Verlobte entweder vor der Verlobung oder doch nicht wegen der Aussicht auf ihre künftige Ehe, sondern aus reiner Liberalität, Etwas geschenkt: so ist dieß ein gewöhnliches Geschenk und es bleibt in allen Fällen ganz bei der Unwiderruflichkeit der Geschenke unter Lebenden [2]).

Sechster Abschnitt.

Von der Verführung zum Beischlafe.

§. 728.

Verführt Jemand ein freies und anständiges Frauenzimmer zum Beischlaf, so war er nach Röm. Rechte schwerer Strafe verfallen [3]), nach kanonischem Rechte soll er

stattet bei Nichterfüllung des Zweckes condictio causa data causa non secuta, oder condictio sine causa, oder actio in rem utilis, l. 15. C. eod. — Ist die Ehe durch Schuld des Gebers vereitelt, so kann der unschuldige Theil sogar ein versprochenes, noch nicht entrichtetes Geschenk einklagen, l. 15 C. cit

1) Was man als Zeichen eines feierlichen Verlöbnisses auszulegen gesucht hat, v. Glück Pand. Bd. 24. S. 395. ff. l. 16. C. de don. ante nupt. (5. 3.) Zimmern Gesch. d. Röm. Privatrechts. Thl. 1. S. 536. Vielleicht ist ein osculum religionis im Augenblicke des feierlichen Verlöbnisses gemeint.

2) l. 1. §. 1. D. de donat. (39. 5) l. 11. C. de don. ante nupt. (5. 3)

3) §. 4. I. de publ. jud. (4. 18.) l. 1. §. 2. de extraord. crim. (47. 11.)

daſſelbe heirathen, und nur wenn dieß nicht möglich iſt, bloß dotiren [1]). Der Gerichtsgebrauch hat daran ſo viel geändert, daß der Verführer zwiſchen der Heirath und der Dotation wählen kann [2]), und ſtatt der dos eine nach den Umſtänden zu beſtimmende Satisfaction in Gelde giebt [3]). Daß das Frauenzimmer unverheirathet war, iſt nicht erforderlich; eben ſo wenig, daß es zur Schwängerung gekommen [4]). Ganz frei wird der Mann, wenn die Frauensperſon ſich ſchon früher mit Anderen abgab [5]), oder der verführende Theil war, was jedoch nicht vermuthet wird, oder die Heirath unmöglich macht, noch ehe ſich der Verführer gegen die Heirath erklärt. Iſt es zur Schwängerung gekommen, ſo muß der Vater, ſelbſt in ſolchen Fällen, in welchen er der Mutter zu keiner Satisfaction verbunden iſt, die Alimentation des Kindes übernehmen, bis ſich letzteres ſelbſt ernähren kann; eine Verbindlichkeit, welche der deutſche Gerichtsgebrauch aus einer einzelnen Entſcheidung des kanoniſchen Rechts hergeleitet hat [6]). Die Aeltern des Schwängerers ſind nicht verbunden [7]), aber wohl die Erben [8]). Daß das Kind gerade 9 Monate nach dem Beiſchlaf geboren werde, iſt nicht erforderlich, wenn

1) c. 1. 2. X. de adulteriis. (5. 16.) J. H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 16. §. 2—4.

2) J. H. Boehmer l. c. §. 6.

3) J. H. Boehmer l. c. §. 9. „Für den Kranz" oder für die entzogene anſtändige Heirathsgelegenheit. Aber nur dann, wenn das Frauenzimmer noch putative Jungfer iſt.

4) A. M. iſt Hagemann pr. Er. VI. 100.

5) v. Bülow's u. Hagemann's pr. Er. IV. 69.

6) cap. 5. X. de eo, qui dux. in matrim. (4. 7.) J H. Boehmer J. E. P. lib. 4. tit. 7. §. 9. Gensler's Archiv für civ. Praxis. I 5. Vergl. übrigens oben §. 642. über Alimentation überhaupt.

7) J H. Boehmer J. E. P. lib. 4 tit. 16. § 14. v. Bülow's u. Hagemann's pr. Er. B. 4. Nr. 70. §. 3—12.

8) v. Bülow und Hagemann a. a. O. §. 2.

es nur überhaupt daraus herrühren kann [1]); auch befreiet der Einwand, daß Mehrere mit der Mutter in derselben Zeit, aus welcher die Befruchtung herrühren kann, zu thun gehabt haben, den Beklagten von Entrichtung der Alimente nicht [2]).

Siebenter Abschnitt.

Vom Concubinate [3]).

§. 729.

Außer der bei uns allein bestehenden, bürgerlichen Ehe erlaubte das Römische Recht unverehelichten Personen [4]) auch eine Art von natürlicher Ehe, den Concubinat [5]). Die Rechte der Ehefrau erhält die Concubine nicht; auch sind ihre Kinder nicht ehelich; sie stehen sogar anderen unehelichen Kindern darin nach, daß ihnen mit Einschluß ihrer Mutter bei dem Dasein ehelicher Kinder mehr als ein Zwölftheil des Vermögens des Vaters, weder unter Lebendigen, noch von Todeswegen, zugewandt werden kann [6]), haben hingegen dieß voraus, daß sie vom Erzeuger alimentirt werden [7]), und, wenn keine ehelichen Kinder und keine rechtmäßige Ehefrau vorhanden sind, gemeinschaftlich mit der Mutter ein Sechstheil seiner Güter

1) v. Bülow's und Hagemann's pr. Er. B. 4. Nr. 68.

2) Geiger's und Glück's Rechtsf. B. 2. Nr. 4. v. Bülow's u. Hagemann's pr. Er. B. 2. Nr. 59.

3) Noodt ad XXV. p. 7. Zimmern Gesch. d. Röm. Privatrechts. Thl. 1. §. 133—135.

4) l. un. C. de concub. (5. 26.)

5) l. 3. §. 1. D. de concubinis. (25. 7.) In Form und Eingehung unterschied sich der Concubinat von der Ehe des neuern Röm. Rechts nicht, — so daß bloß der affectus maritalis die Gränze zog.

6) Nov. 89. c. 12. §. 2. 3.

7) Nov. 89. c. 12. §. 6. c. 13. c. 15. pr.

ab intestato erben [1]). Der Concubinat, ein eigenthümliches Institut des Römischen Rechts, ist in Deutschland nicht recipirt; damit fallen auch die Concubinenkinder und alle für sie geltenden besonderen Bestimmungen hinweg [2]).

Viertes Hauptstück.

Von der Vormundschaft.

§. 730.

Die Vormundschaft, welche wir jetzt stets als eine Pflicht und Last des Vormundes anzusehen pflegen, entstand im ältern Röm. Rechte auf umgekehrte Weise, nämlich als ein Recht des Vormundes, zum Besten eines ihm nahe verwandten, nicht dispositionsfähigen Familiengliedes, und auf allen Fall zum Besten der Familie selbst, die Entfremdung des Vermögens zu verhindern [3]). Sie war also damals das Ergänzungsmittel der patria potestas [4]) und manus, von denen sie sich ursprünglich wenig unterscheiden mochte; außer daß vermuthlich schon in den ältesten Zeiten Mehrere zugleich Vormünder sein konnten. Diese Ansicht vom Rechte des Vormundes [5]) ist allmälig schon bei den Römern der von seiner Pflicht und seinem öffentlichen, d. i. vom Staate ihm aufgetragenen oder bestätigten und beaufsichtigten Amte in dem

1) Nov. 89. c. 12. §. 4. v. Glück v. d. Intestaterbf. §. 108.

2) Cujacii not. post. ad §. 2. I. de succ. quae ab int. def. Pufendorf Tom. I. obs. 89. A. M. sind Kind quaest. for. Tom. 4. c. 71. Meister's Pr. Bem. II. 14. v. Glück a. a. O. §. 109.

3) Hugo Rechtsgesch. 10te Ausg. S. 149.; Zimmern Gesch. des Röm. Privatr. Thl. I. S. 862.

4) Welcher sie jetzt nur noch in geringerem Grade analog ist.

5) v. Grolman und v. Löhr Mag. Bd. 3. Nr. 1. §. 1.

Maße gewichen, daß die Entschuldigungsgründe gegen Annahme einer Vormundschaft gegenwärtig einen wesentlichen Theil dieser Lehre ausmachen. — Die von regierungs- oder polizeirechtlichen Principen wenigstens ausgehende Ansicht der Vormundschaft, welche jetzt die allein praktische ist, betrachtet das Verhältniß aus einem andern Gesichtspuncte. Da es nämlich unter den Staatsbürgern immer eine beträchtliche Anzahl solcher giebt, welche nicht im Stande sind, für sich und ihr Vermögen zweckmäßige Sorge zu tragen: so müssen präsumtiv Einsichtsvollere ihre Stelle versehen. Bei Kindern in väterlicher Gewalt ist das Familienhaupt, welchem diese Gewalt beiwohnt, der Vertreter; wo der Vater oder Großvater aber fehlt [1]), übt der Staat eine besondre Fürsorge aus, in Deutschland gewöhnlich durch Justizbehörden, deren Amt deßwegen Obervormundschaft genannt wird. Sie üben ihre Verwaltung zwar nicht im Einzelnen für jeden Dispositionsunfähigen, der nicht in väterlicher Gewalt stehet, unmittelbar aus, setzen aber oder bestätigen und beaufsichtigen eine oder mehrere Privatpersonen für den Bedürftigen zu diesem Zwecke. Vormundschaft ist daher bei uns die obrigkeitlich übertragene oder bestätigte Fürsorge einer Privatperson (Vormund) über Person und Vermögen (oder doch über Letzteres) solcher Mitbürger, welche für sich zu sorgen unfähig sind [2]) (Mündel, Pflegling, Pflegbefohlner). — Die Vormundschaft ist jetzt ein öffentliches Amt und wird

1) l. 6. §. 4. D. de tutelis. (26. 1.)

2) §. 1. I. de tutelis (1. 13.) läßt den ursprünglichen Sinn der Röm. Tutel noch sehr merklich erkennen: „est tutela (ut Servius definivit) vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa.“ Conf. G. C. Gebauer progr. de Servii Sulpitii definitione tutelae. (Exerc. acad. Erf. T. II. Nr. 26.)

schon von den Römern als solches angesehen, sowohl weil sie offenbar eine Anstalt zur Sicherung des öffentlichen Wohles ist, als weil die Uebernahme dieses Geschäftes zu den allgemeinen Pflichten aller Bürger des Staates gehört [1]). Gegenwärtig muß die Vormundschaft noch mehr als öffentliches Amt angesehen werden, da jeder Vormund von der Obrigkeit eingesetzt oder bestätiget, also dem obervormundschaftlichen Amte gleichsam substituirt wird und dasselbe vertritt. Da aber alle aus der Vormundschaft entspringenden Rechte privatrechtlich sind: so gehört sie ins Privatrecht, obwohl sie ohne Rücksicht auf den Willen des Pflegbefohlnen eintritt [2]) und ihr Vorhandensein und Bestehen von Privatdisposition im Allgemeinen unabhängig ist [3]).

Erster Abschnitt.

Von der Obervormundschaft [4]).

§. 731.

Obervormundschaft nennt man das der Obrigkeit, welcher vom Staate die Pupillensachen anvertrauet sind [5]),

1) pr. I. de excus. tut. (1. 25.) l. 9. D. de his qui sui (1. 6.) l. 1. §. 4. D. de muner. et honor. (50. 4.) l. 1. pr. D. de adm. tut. (26. 7.)

2) l. 5. 6. D. de tut. dat. (26. 5.)

3) l. 5. §. 7. D. de adm. tut. (26. 7.)

4) Den Römern der Sache, aber nicht dem Namen nach bekannt, pr. §. 3—5. I. de Atil. tut. (1. 20.) Schweppe's Rechtsgeschichte. §. 419.

5) In der Regel sind dieß bei uns sämmtliche Untergerichte, für den exemten Gerichtsstand die Obergerichte oder statt ihrer eigene Pupillencollegien. Vgl. Reichspolizeiordn. von 1577. T. 32. §. 1. Das Röm. Recht unterschied hierbei zwischen magistratus majores und Municipalobrigkeiten. Scipio Gentilis de jurisdictione lib. 1. ad Orat. D. Marci. c. 1—5. (Opp. T. 3. pag 103 seqq.) J. P. de Ludewig D. de differentiis jur. Rom. et Germ. in tutore Atiliano diff. 4. (Op. misc. T. 2. p. 1171.)

übertragene Amt, die Vormundschaften zu bestellen und zu beaufsichtigen. Man nennt das Gericht, von welchem dieß Amt ausgeübt wird, ebenfalls wohl Obervormundschaft. Entsteht ein Zweifel, welchem Gerichte die Obervormundschaft gebührt: so wird man die Güterpflege von der eigentlichen Tutel (s. §. 732.) und Personencuratel (s. §. 744—747) zu unterscheiden haben. Die Obervormundschaft in Fällen der bloßen Güterpflege muß dem Gerichte zustehen, unter welchem der Eigenthümer seinen rechtlichen Wohnsitz hat [1]). Man kann dabei nicht den Ort der Liegenschaft dieser Güter als entscheidend annehmen; denn eine zweckmäßige Vormundschaft läßt sich nur dann denken, wenn sie das ganze Vermögen umfaßt, und dieß ist als eine unkörperliche Sache zu betrachten, die nirgends belegen ist, mithin nach dem Domicile des Pfleglings sich richten muß. Bei einzelnen auswärtigen, vorzüglich in andern Ländern belegenen, Gütern, welche sich der vom Gerichte des Domicils der bevormundschafteten Person angeordneten Vormundschaft nicht unterwerfen lassen, kann allerdings eine besondere Güterpflege [2]) angeordnet werden, die dann unter eine zweite Obervormundschaft zu stehen kommt. Ist die Rede von der Vormundschaft über die Person des Pflegbefohlenen, und hat dieser einen eigenen

1) Mithin erstreckt sich das Obervormundschaftsamt dann auch auf die auswärts belegenen Güter, §. 17. I. de excusat. (1. 25.) l. 21. § 2. D. eod. (27. 1.) l. 5. §. 12. D. de rebus eorum qui sub tut. (27. 9.); wenn nicht das auswärtige Gericht, unter welchem Güter belegen sind, einen Vormund bestellt, l. 27. pr. D. de tut. dat. (26. 5); oder wenn nicht der ersternannte Vormund die Verwaltung der ihm zu weit entfernt liegenden Güter ablehnt. Im letztern Falle muß das Gericht des belegenen Gutes einen besondern Vormund bestellen und eine andere Obervormundschaft ausüben, l. 10. §. 4. l. 19. l. 21. §. 2. D. de excusat. (27. 1.) l. 2. C. eod. (5. 62.)

2) l. 27. pr. D. de tut. dat. (26. 5.)

rechtlichen Wohnsitz: so kommt die Obervormundschaft dem Gerichte dieses Wohnsitzes zu, wobei wiederum auf die Liegenschaft der Güter nichts ankommt [1]), dem eben erklärten Principe von Verwaltung des ganzen Vermögens des Pflegbefohlenen gemäß. Sollte aber der Mündel kein eigenes Domicil haben, so gebührt die Obervormundschaft dem Gerichte, unter welchem der Vater desselben seinen rechtlichen Wohnsitz hatte; oder auch dem, unter welchem das Hauptvermögen des Pfleglings belegen ist. Unter diesen beiden Gerichten gilt kein Vorrang und auch keine Prävention; vielmehr möchte alsdann [2]) der Aufenthaltsort des Pfleglings wohl entscheiden müssen [3]). — Die Frage, ob die gesetzliche Obervormundschaft durch ein Testament des Vaters wohl dahin abgeändert werden könne, daß dieser sie einem andern Gerichte übertragen dürfe, muß man gänzlich [4]) verneinen; denn eine solche Abänderung wäre ein Eingriff in Staatsanordnungen; und diese können von der Privatwillkür nicht geändert werden.

Die Pflichten der Obervormundschaft [5]) zeigen sich theils bei Bestellung des Vormundes, theils während der Vormundschaft, theils bei deren Beendigung. Der Ober-

1) l. 1. §. 2. D. de tut. dat. (26. 5.)

2) In andern Fällen kann übrigens der bloß vorübergehende Aufenthalt des Mündels an einem Orte kein Recht zur Obervormundschaft geben. l. un. C. ubi petuntur tut. (5. 32.)

3) In Ermangelung aller andern genügenden Gründe müßte jedoch schließlich Prävention entscheiden, s. v. Berg jur. Beob. und Rechtsf. Bd. 1. Nr. 32.

4) Vgl. Pufendorf Tom. 2. obs. 91. Der Einwurf, daß man durch Privatwillkür auch die gesetzliche Vormundschaft selbst verändern und eine beliebige passende Person zum Vormunde bestimmen könne, giebt keinen Gegengrund ab; denn die Ausschließung der tutela legitima ist der Privatwillkür eben so, wie die Ausschließung der Intestaterbfolge, ausdrücklich überlassen.

5) Ueber Anordnung des Vaters kann sich die Obervormundschaft bei Ausübung dieser Pflichten hinwegsetzen, sofern sie widrigenfalls Nachtheil für den Mündel entstehen sieht. l. 10. D. de confirm. tut. (26. 3.)

vormund hat zunächst Sorge zu tragen, daß jede Person, die nicht für sich sorgen kann und nach gesetzlicher Vorschrift bevormundet sein soll, einen Vormund erhalte. Nach Röm. Rechte war der Magistrat wenigstens, wenn er zur Bevormundung aufgefordert war, deßhalb verantwortlich [1]). Nach deutschen Reichsgesetzen ist aber den Obrigkeiten eine allgemeine Pflicht daraus gemacht [2]); denn wenngleich diese Gesetze eigentlich nur von Unmündigen und Minderjährigen reden, wird es doch auf alle Personen angewandt werden müssen, die nicht im Stande sind, für ihre Person oder ihr Vermögen zu sorgen. — Außer der Ernennung von Vormündern liegt der Obervormundschaft auch die Bestätigung der testamentarisch nicht vollgültig ernannten Vormünder ob (vgl. unten §. 735. 737.). — Sie muß sorgen, daß der Vormund den Eid leiste und Bürgschaft stelle [3]), auch muß sie ihm das Tutorium oder Curatorium ausfertigen, d. i. ein obrigkeitliches Decret, durch welches der Vormund zu Antretung seines Amtes ermächtiget wird (**confirmatio germanica**). Vor dessen Empfang darf er sich nicht in die Verwaltung der Geschäfte einmischen. Dieß ist eine von den Reichsgesetzen sehr zweckmäßig eingeführte Modification des Römischen Rechts. Denn ohne dieselbe konnte es oft factisch zweifelhaft sein, ob ein Vormund ernannt und wer es war [4]). (Vgl. §. 738.) — Uebrigens kann die Obervormundschaft das Einsetzungsdecret auch dem testamentarischen oder dem gesetzlichen Vormunde verweigern, wenn sie ihn untauglich findet; denn

1) l. 1. §. 6. D. de magistratibus conven. (27. 8.)

2) Reichspolizeiordn. v. 1577. T. 32. §. 1.

3) pr. I. de satisdat. tut. (1. 24.) R.-Pol.-Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. Vgl. unt. §. 738.

4) R.-Pol.-Ordn. v. 1548. Tit. 31. §. 2. desgl. von 1577. Tit. 32. §. 2.

sie kann ja jeden untauglichen Vormund, selbst vor Begehung bedenklicher Fehler, absetzen [1]). — Während der Verwaltung der vormundschaftlichen Geschäfte durch den Vormund soll die Obrigkeit (nicht nach Röm. Rechte, aber) nach den Reichsgesetzen [2]) eine beständige Aufsicht über den Vormund ausüben. Sie kann deßhalb über alle den Mündel betreffenden Verhältnisse Rechenschaft fordern, und es ist daher nicht unzweckmäßig, daß die Vormünder bei bedenklichen Fällen die Obervormundschaft um deren Ansicht befragen. Diese muß sich alle Jahr Rechnung ablegen lassen, sie moniren, und den Vormund anhalten, das überflüssige Geld so lange zu deponiren, bis es zum Ankaufe eines Grundstückes hinreicht und sich passende Gelegenheit zu dergleichen Erwerbung zeigt [3]). — Die Bestimmung des Aufenthaltsortes und Unterhalts hat in schwierigen oder vom Vormunde allein nicht füglich zu beurtheilenden, oder auch demselben nicht zur willkührlichen Entscheidung zu überlassenden Fällen die Obervormundschaft abzugeben [4]); wobei jedoch nicht außer Acht zu lassen ist, daß der Vormund regelmäßig verantwortlich bleibt, mithin nicht genöthigt werden kann, hierin gegen bessere Ueberzeugung zu handeln [5]). — Bei Veräußerung der Güter des Pfleglings [6]) bedarf der Vormund eines obervormundschaftlichen Decrets, in welchem ihm dazu die Erlaubniß gegeben wird [7]). Ehe die Obervormundschaft diese giebt, soll sie

1) Heineccius sylloge varior. Op. ex. 19. D. de suprema principum magistratuumque tutela. §. 22.

2) R.-Pol.-Ordn. v. 1577. T. 32. §. 3. fin.

3) l. 5. pr. l. 7. §. 3. 7. D. de admin. tut. (26 7.)

4) Thibaut System §. 520. l. 1. § 1. D. ubi pupill. educari. (27. 2.) l. 2. C. eod. (5. 49.) l. 2. §. 3. l. 3. §. 5. l. 4. D. eodem. l. 2. C. de aliment. praest. (5. 50.)

5) l. 2. §. 1. 2. D. ubi pup. educ. (27. 2.)

6) Vgl. §. 761. 762. unten.

7) Mehrere Particularrechte haben hierbei besondere beschränkende Vorschriften.

genaue Untersuchung anstellen, ob eine Veräußerung nothwendig und wie sie am zweckmäßigsten sei [1]); und ist sie dann geschehen, so muß obrigkeitlich die auf den beabsichtigten Zweck gerichtete Verwendung des für den veräußerten Gegenstand eingekommenen Geldes beaufsichtigt werden [2]). — Wegen der für den Mündel beim Vormunde eingehenden Zahlungen hat sich die Obervormundschaft ebenfalls unter Umständen einzumischen, wenn die Zahlung gültig sein soll [3]). — Außerdem hat die Obervormundschaft auch das Ende der Vormundschaft zu bestimmen, da der unfähig gewordene Vormund abzusetzen und wirklich von der Geschäftsführung zu entfernen ist [4]). Am Schlusse derselben muß die Obrigkeit die Rechnung des Vormundes definitiv abnehmen, und für wirkliche Ablieferung des Vermögens sorgen, sofern ein neuer Vormund folgt, also auch das obervormundschaftliche Amt noch fortdauert. Endigt aber die ganze Vormundschaft, so daß der Mündel dispositionsfähig oder beerbt wird: so braucht sich nach allgemeinen Grundsätzen die Obervormundschaft um die letzte Abrechnung und die Ablieferung des Vermögens nicht zu bekümmern. — Ueber die Verantwortlichkeit der Obervormundschaft s. §. 757.

1) l. 5. §. 9 — 11. D. de rebus eorum, qui sub tut. (27. 9.) Das Veräußerungsdecret kann übrigens entweder der allgemeine Obervormund bei zerstreut und zum Theil auswärts liegenden Gütern ertheilen, oder der der belegenen Sache, wenn für diese eine besondere Obervormundschaft besteht. l. 5. §. 12. D. eodem. l. 16. C. de praed. et al. reb. minorum. (5. 71.)

2) l. 5. §. 13. D. eod.

3) Vgl. §. 763.

4) l. 3. §. 4. D. de suspect. tut. (26. 10.) schreibt schon ein Handeln von Amtswegen dabei vor, wenigstens für Pupillen; da aber die Reichsgesetze der Obervormundschaft große Sorgfalt allgemein befohlen haben: so wird bei uns jeder unfähige Vormund oder Curator von Amtswegen removirt werden müssen.

Zweiter Abschnitt.

Von der Vormundschaft.

Erste Abtheilung.

Von den Arten der Vormundschaft.

I. Von der Tutel.

§. 732.

Im Deutschen hat man für Tutel und Curatel keine unterscheidenden Ausdrücke, sondern begreift Beides unter dem Worte Vormundschaft; im Römischen Rechte [1]) unterschied man aber zwischen der bei den Römern viel früher entstandenen Repräsentation einer wegen Unmündigkeit unvollständigen Persönlichkeit vermittelst eines selbsthandelnden Vormundes und dem theilweisen Versehen gewisser Geschäfte für mündige Rathbedürftige. Jenes ist Tutel, dieß Curatel. Tutor heißt der mit einer der väterlichen Gewalt analogen potestas bekleidete [2]) Vormund eines Unmündigen, während der Curator den mündigen Minderjährigen, den Gebrechlichen, Wahnsinnigen und zuweilen einer Vermögensmasse gegeben wird [3]). Auch gehört die Tutel lediglich dem Civilrechte an. — Es findet sich nur ausnahmsweise, daß ein Unmündiger auch einen Curator bekommt; nämlich a) wenn das noch in väterlicher Gewalt stehende, unmündige Kind neben dem Vater [4]) eines Vor-

1) Zimmern Gesch. des Röm. Privatr. Thl. 1. §. 232.

2) §. 1. I. de tutel. (1. 13.) Diese potestas ist jetzt nur zum Schutze des Bedürftigen und macht den Pflegling nicht alieni juris, noch veranlaßt sie eine capitis diminutio. Schweppe Rechtsgesch. §. 420.

3) pr. §. 3. 4. I. de curatoribus. (1. 23.)

4) l. 6. §. 4. D. de tutelis. (26. 1.) z. B. „cujus pater in hostium potestate est.“

mundes bedarf, so wird ihm ein Curator gegeben (s. §. 748.); b) auch in Fällen, in denen Jemand, der schon einen Tutor hat, daneben wegen besondrer Umstände noch eines Curators bedarf [1]). Abweichend vom ältern [2]) Römischen Rechte wird jetzt jeder Vormund, der neben dem regelmäßigen und das Ganze [3]) der Verwaltung besorgenden Tutor zur Besorgung eines einzelnen Geschäftes bestellt wird, Curator genannt. — Wenngleich beide Arten Vormünder im Allgemeinen dieselben Rechte und Pflichten haben, das Römische Recht unserer Quellen sie auch meistens neben einander stellt: so unterscheiden sie sich doch wesentlich dadurch, daß der Tutor selbstständig handelt und den Mündel vertritt (auctoritas), der Curator ihm aber nur beitritt (consensus); daß sie ferner auf verschiedene Weise ernannt werden können; und daß der Tutor vorzüglich für die Person, der Curator mehr für das Vermögen bestellt wird [4]).

1) §. 5. I. de curator. (1. 23.) l. 9. C. qui petant tut. (5. 31.) l. 9. C. qui dare tutores. (5. 34.) l. 4. C. in quibus cas. tut. vel cur. hab. (5. 36.)

2) Hatte der Pupill einen Proceß, so ernannte das Gericht einen tutor praetorius zu Besorgung des Rechtsstreites (ad litem datus tutor). l. 3. 4. C. de in litem dando tutore (5 44.)

3) §. 4. I. qui testam. tut. dari p. (l. 14) „personae, non causae vel rei, tutor datur.“ l. 12 — 14. D. de testam. tut. (26. 2.) Dem widerspricht l. 15. D. eod. nicht, weil sie mehrere umfassende Verwaltungen nach der Belegenheit eines großen Vermögens, dem ein Tutor allein nicht vorstehen kann, anzeigt. conf. l. 27. pr. D. de tut. dat. (26. 5.)

4) §. 4. I. qui test. tut. dari p. (l. 14) l. 14. D. de testam. tut. (26. 2.) l. 20. D. de ritu nupt (23. 2.) l. 8. C. de nuptiis. (5. 4) A. M. v. Löhr über die Römischen Begriffe von Tutel und Curatel (in v. Grolman und v. Löhr Magaz. für Rechtswiss. und Gesetzg. Thl. 3. Nr. 1.); er wird aber durch obige Stellen widerlegt. Schweppe jurist. Magazin. Hft. I. Nr. 7. Dessen Rechtsgesch. a. a. O.

A. Entstehung der Tutel.

1. Fähigkeit überhaupt 1).

§. 733.

Da aus dem Vorhergehenden schon erhellet, daß der Pflegling unmündig sein und nicht unter väterlicher Gewalt stehen muß, damit Tutel möglich werde: so ist hier nur noch von der Fähigkeit des Tutors selbst die Rede. — Fähig zum Vormunde ist jeder, der im Testamente zum Erben 2) eingesetzt werden darf und welcher die natürliche und bürgerliche Fähigkeit zu der ordnungsmäßigen Ausführung der vormundschaftlichen Geschäfte besitzt 3), mithin jeder, der nicht besonders ausgenommen ist. Solche Ausnahme machen: a) Alle Frauenzimmer; jedoch sollen die Mutter oder die Großmutter des Unmündigen Vormünderinnen werden können 4), sofern sie den sogenannten weiblichen Rechtswohlthaten der Intercedentinnen 5) entsagen und sich nicht wieder verheirathen 6). b) Auch sind unfähig die Militärpersonen, welche im Dienste stehen 7), außer bei der mittelst Testamentes ernannten Tutel über Kinder eines Cameraden 8). c) Desgleichen Bischöfe und Mönche, während es den übrigen Geistlichen 9), die unter dem Bischof stehen, freistehet, eine gesetzliche Vormundschaft anzu-

1) Vgl. §. 741., wo die Unfähigkeit zur Geschäftsführung besonders abgehandelt ist.

2) l. 21. D. de testam. tut. (26. 2.)

3) pr. I. qui test. tut. dari poss. (1. 14.) l. 9. D. de his qui sui (1. 6.), wo ausdrücklich gesagt ist, daß der filiusfamilias eben so gut, wie der paterfam. Tutor werden könne.

4) l. 16. pr. l. ult. D. de tut. (26. 1.) Nov. 118. c. 5. Pufendorf T. 2. obs. 11.

5) s. Thl. 3. §. 518. S. 367.

6) Nov. 94. c. 2.

7) l. 4. C. qui dare tut. poss. (5. 34.) Pufendorf T. 3. obs. 183.

8) l. 23. §. 1. D. de excus. (27. 1.)

9) l. 52. pr. C. de episc. et cleric. (1. 3.) Nov. 123. c. 5

nehmen oder abzulehnen, und man bei Protestanten jeden Geistlichen [1]), wenn er sich bereit erklärt, zur Uebernahme einer Vormundschaft überhaupt zuläßt. d) Wer mit dem Mündel in einem Obligationsverhältnisse, es sei als Gläubiger oder als Schuldner, steht [2]). Nur bei der Mutter und Großmutter bewirkt dieser Umstand die Unfähigkeit zur Tutel nicht [3]). Verschweigt der Gläubiger oder der Schuldner eines Unmündigen sein Verhältniß zu diesem wissentlich und wird Vormund: so soll er als Gläubiger seine Ansprüche verlieren, und kann sich als Schuldner durch Zahlung nicht gültig befreien [4]). e) Drängt sich Jemand zur Vormundschaft und will sogar Geld dafür geben, so soll er nicht allein zurückgewiesen, sondern selbst bestraft werden [5]). f) Auch die Feinde des Pupillen oder seiner Aeltern sollen zur Tutel über denselben nicht zugelassen werden; ein Verhältniß, welches unsere Quellen mit jedem vernünftigen Verwerfungsgrunde gegen einen Tutor vergleichen [6]), und wohin man also auch den Fall ziehen kann, daß der Vater oder die Mutter in ihrer letztwilligen Verordnung die Bestellung einer gewissen Person zum Vormunde ausdrücklich untersagt [7]) und diese dadurch unfähig gemacht hat, — desgleichen den Fall, daß der ausersehene Vormund die gesetzlich vorgeschriebene Satisdation nicht leisten kann [8]). — Nach Römischem Rechte schließt die Infamie an sich von der Uebernahme der Vormundschaft [9])

1) Stryk U. M. P. lib. 27. T. 1. §. 5.

2) Nov. 72. c. 1. Höpfner's Comm. über die Institut. §. 245. Not. 6.

3) Nov. 94. c. 1.

4) Nov. 72. c. 4. v. Bülow u. Hagemann Erörterungen. Bd. 5. Nr. 30.

5) l. 21. §. 6. D. de tut. dat. (26. 5.)

6) l. 3. §. 12. D. de suspect. tut. (26. 10.)

7) l. 8. pr. D. de testam. tut. (26. 2.)

8) l. 2. C. de tut. v. cur. qui satis non dedit. (5. 42.)

9) l. 1. §. 6. fin. D. de postulando. (3. 1.) l. 7. §. 1. de tut. (26. 1.)

nicht aus. Auch ist ebensowenig der Stiefvater zur Tutel seiner Stiefkinder unfähig [1]), obwohl die Praxis ihn nur selten zulassen wird, als Juden zur Vormundschaft über Christen [2]), wenngleich nicht nur das neuere Röm. Recht seinem Geiste nach dieß Verhältniß nicht mehr zuzulassen scheint [3]) und die Praxis es ganz verwirft [4]). — Was man sonst noch als Unfähigkeit zur Uebernahme der Tutel anführt, ist nach der Römischen Ansicht richtiger als Verhinderungsgrund wegen Unfähigkeit zur Geschäftsführung zu bezeichnen. — Da mehrere Tutoren neben einander bestehen können, so schließt der eine den andern nicht aus.

2. Delation der Tutel [5]).

§. 734.

Jemanden kann die Vormundschaft über einen Unmündigen auf eine von folgenden drei Arten angetragen werden: a) Durch das Testament der Aeltern des Kindes; denn diese haben das Recht [6]), dem Pupillen im letzten Willen einen Vormund zu ernennen (tutela testamentaria). b) Das Gesetz beruft schon ohne weitere Bestimmung der Aeltern den nächsten Verwandten [7]) des Kindes zur Tutel (tutela legitima), und dieser tritt in der Regel ein, wenn durch ein Testament keine Abänderung gemacht ist.

1) l. 32. §. 1. D. de adopt. (1. 7.) l. 3. C. de contr. tut. act. (5. 58.) Cujacius, obs. lib. 6. obs. 29.

2) Wie ausdrücklich in l. 15. §. 6. D. de excusat. (27. 1.) bestimmt wird.

3) Schilter, Ex. ad P. ex. 37. §. 15—21. J. H. Boehmer J. E. P. lib. 5. tit. 6. §. 66.

4) J. P. de Ludewig de different. jur. Rom. et Germ. in tut. Atiliano, diff. 8. in Opusc. misc. T. 2. p. 1098.

5) v. Glück Pand. Bd. 29. §. 1303.

6) l. 120. D. de V. S. (50. 16.) Wegen der Requisite in der Person des Ernennenden s. §. 735.

7) s. §. 736.

c) Endlich kann der Richter zur Aushülfe von seiner Befugniß, einen Tutor zu ernennen (tutela dativa), Gebrauch machen [1]). — Daß unter diesen drei Delationsarten die durchs Testament den Vorrang sowohl vor der gesetzlichen [2]), als vor der durch gerichtliche [3]) Anordnung habe, bedarf keiner weitern Auseinandersetzung; wenn es aber an einem testamentarischen Tutor fehlt, so tritt darum der gesetzliche noch nicht immer ein. Dieser ist nur für die Fälle bestimmt, in denen für den Unmündigen gar kein Vormund ernannt oder die Ernennung ungültig, oder der testamentarische [4]) Vormund gestorben ist [5]). In allen übrigen Fällen findet die gesetzliche Tutel keine Anwendung; vielmehr ernennt dann das Gericht einen Vormund, z. B. wenn der Testator für sein unmündiges Kind einen an sich fähigen, wegen seines jugendlichen Alters aber zur Geschäftsführung noch nicht zuzulassenden Vormund ernannt hat: so kann dieser bis zu erlangtem gehörigen Alter nicht Vormund sein; es tritt aber nicht der legitimus tutor ein, sondern das Gericht giebt für die Zwischenzeit einen Curator [6]). Desgleichen wenn im Testamente ein Tutor bedingt oder unter einer Bestimmung der Anfangszeit ernannt ist: so giebt das Gericht während Obschwebens der

1) Neben einander genannt sind diese drei Arten der Tutel in l. 52. C. de episc. et cler. (1. 3.) — Wenn in den Pandecten tutores dati vorkommen, so hat man aufzumerken, ob darunter nicht testamento dati gemeint sind, welche ebenfalls mit dem Worte bezeichnet werden. Vgl. D. lib. 26. tit. 1. 2. 3. 5.

2) l. 11. pr. D. de testam. tut. (26. 2.) l. 9. §. 1. D. de tut. et ration. distr. (27. 3.) Nov. 118. c. 5.

3) Tit. Instit. I. 20.

4) Sind deren mehrere ernannt, so tritt der legitimus tut. erst dann ein, wenn alle testamentarischen Vormünder verstorben sind. l. 11. §. 4. D. de testam. tut. (26. 2.)

5) §. 2. I. de leg. adgn. tut. (1. 15.) l. 11. §. 3. 4. D. de test. tut. (26. 2.) l. 6. D. de legit. tut. (26. 4.)

6) l. 10. §. 7. D. de excus. (27. 1.)

Bedingung oder bis zu jenem Zeitpuncte einen Tutor, ohne daß der gesetzliche eintritt; was auch dann der Fall ist, wenn ein testamentarischer wegen noch nicht geschehenen Antritts des Erben noch nicht als gültig angesehen werden kann [1]); oder, wenn der bis dahin verwaltende Tutor von den Feinden gefangen wird, in der Zwischenzeit bis zu dessen Rückkehr [2]). Ja sogar, wenn irgend einmal ein testamentarischer Tutor eingetreten, nachher aber entschuldigt und von der Tutel befreiet oder abgesetzt worden ist: so folgt ihm ein gerichtlicher, nicht der gesetzliche Tutor [3]); auch wird ein gerichtlicher statt eines verstorbenen testamentarischen alsdann angeordnet, wenn von mehreren zugleich fungirenden testamentarischen noch einer übrig [4]) ist und die Stelle neben ihm zu besetzen ist. — Ist ein legitimus tutor vorhanden und würde auch wirklich zur Verwaltung der Vormundschaft gelangen, fällt aber weg, weil er ganz unfähig ist oder verstirbt: so tritt der nächstfolgende gesetzliche Vormund ein; sollte aber der sonst ungehinderte legitimus tutor abgesetzt werden, so folgt statt seiner nicht der nächste gesetzliche, sondern ein gerichtlicher Tutor [5]). — Alle diese Bestimmungen lassen sich nur daraus erklären, daß die gesetzliche Vormundschaft vorzüglich als ein Recht des Vormundes angesehen und dessen Eintritt durch strenge Auslegung des Gesetzes und durch die daneben aufkommende gerichtliche Tutel beschränkt worden ist [6]). — Eine tutela pactitia [7]) neben den andern

1) §. 1. I. de Atilian. tut. (1. 20.) l. 10. l. 11. pr. D. de test. tut. (26. 2.)

2) §. 2. I. cit. (1. 20.)

3) l. 11. §. 1. 2. D. cit. (26. 2.)

4) l. 11. §. 4. D. eod. Vgl. oben S. 272. Note 4.

5) l. 10. §. 7. D. de excusat. (27. 1.) l. 1. §. 2. l. 3. §. 8. 9. l. 4. D. de legit. tut. (26. 4.)

6) Zimmern Gesch. des Röm. Privatr. Thl. 1. §. 233—235.

7) Weber zu Höpfner's Comm. d. Inst. §. 168. Note 3.

drei Arten auch im Röm. Rechte anzunehmen, fehlt es an Grund. Einige Juristen stützen sich, außer dem deutschen Gewohnheitsrechte, noch auf Stellen [1]) in den Institutionen und Pandekten und wollen daraus ein gemeinrechtliches Institut der vertragsmäßig festgesetzten Vormundschaft herleiten [2]). Sie wird als eine solche erklärt, die Jemand dem Vater oder der Mutter oder andern nahen Anverwandten des Pupillen, oder selbst der Obrigkeit oder auch dem Mitvormunde zu übernehmen versprochen habe, und die er nun wegen dieses Versprechens übernehmen müsse. Jedoch beruhet diese Annahme nur auf einem Mißverständnisse [3]) der citirten Stellen, und der Schluß auf das gemeine Recht von den im deutschen Rechte öfters vorkommenden Familienverträgen des Adels zum Zwecke der Uebernahme von Vormundschaften bedarf keiner Widerlegung.

a. Testamentarische Tutel.

§. 735.

Das Recht, dem unmündigen Kinde einen Vormund im Testamente zu ernennen, gebührt streng genommen nur dem Vater (oder dem väterlichen Großvater), welcher das durch den Tod des Testirers sui juris werdende [4]) Kind

v. Glück Pand. Bd. 29. S. 162 ff.

1) §. 9. I. de excus. (1. 25.) l. 29. D. de testam. tut. (26. 2.) l. 15. §. 1. D. de excus. (27. 1.) l. 18. §. 1. D. de leg. Corn. de fals. (48. 10.)

2) Leyser medit. ad P. Vol. 5. spec. 328.

3) Die oben in Note 1. citirten Stellen sprechen nämlich bloß davon, daß wer dem Vater die Vormundschaft über dessen Kind zu übernehmen versprochen habe, der ihm sonst zustehenden Excusation sich nicht bedienen könne, aber ein Recht auf die Vormundschaft erhält er dadurch nicht, sondern muß auf eine der drei regelmäßigen Arten berufen werden. H. G. van Vryhoff Obs. jur. civil. c. 9.

4) §. 3 4. I. de tut. (1. 13.) l. 1. pr. §. 1. 2. l. 2. l. 4. l. 26.

in der väterlichen Gewalt hat [1]). Der von diesem Berechtigten Ernannte ist der eigentliche tutor testamentarius, und er bedurfte im Röm. Rechte der Confirmation des Gerichtes nicht (vollkommne testamentarische Tutel); aber der Vater [2]), obgleich er die väterliche Gewalt nicht hat, oder die Mutter, die Großältern und der Oheim, falls sie das Kind zum Erben einsetzen [3]), dürfen ihm einen Tutor im Testamente ernennen, welchen das Gericht confirmiren muß; ja der von irgend einem Fremden, welcher einen unvermögenden [4]) Pupillen zum Erben einsetzt, im Testamente ernannte Tutor ist vom Richter zu confirmiren (unvollkommne testamentarische Tutel, mit der confirmatio ex jure Romano). — Der Vater hat das Recht, einen Tutor für seine Kinder im Testamente zu ernennen, ursprünglich als Innehaber der väterlichen Gewalt, also selbst in Beziehung auf die von ihm enterbten Kinder [5]);

§. 2. D. de test. tut. (26. 2.)

1) l. 73. §. 1. D. de R. J. (50. 17.)

2) §. 5. I. de tut. (1. 13.) So über emancipirte Kinder, oder über liberi naturales, l. 7. pr. D. de confirm. tut. (26. 3.)

3) l. 4. D. de testam. tut. (26. 2.) l. 1. §. 1. 2. l. 12. pr. l. 5. D. de confirm. tut. (26. 3.) Ob die Mutter nicht auch ohne Erbeseinsetzung des Pupillen zur Confirmation des von ihr genannten Tutor das Gericht verpflichte, hat man wegen l. 4. C. de testam. tut. (5. 28.) gefragt; allein diese Stelle ändert am Pandectenrechte gar nichts, denn sie sagt bloß, auch wenn die Mutter das Kind nicht zum Erben einsetze, pflege das Gericht den im Testamente der Mutter genannten Tutor zu confirmiren. Die Confirmation ist aber dann keineswegs rechtlich gewiß, sondern steht in der Beurtheilung des Gerichts, welches sich freilich in der Regel gern an die Wünsche der Mutter halten wird, wenn nichts Ueberwiegendes dagegen ist. v. Bynkershoek Obs. jur. R. Lib. 2. c. 17.

4) „Et extra ea nihil in bonis habeat pupillus.“ l. 4. l. 7. D. de confirm. tut. (26. 3.) l. 4. C. eod. (5. 29.)

5) l. 4. l. 26. §. 2. D. de test. tut. (26. 2.) Wobei der Fall vorkommen kann, daß ein Tutor eine Zeitlang entweder ein testamentarischer oder ein gerichtlicher ist, und erst der Erfolg eines Rechtsstreits über des Vaters letzten Willen dieß entscheidet. „Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam exheredato

und sogar den Nachgebornen (postumis) darf er im Voraus den Tutor ernennen [1]). Bei Ernennung des Vormundes für seine Unmündigen kann der Vater (oder Großvater) sich Ausdrücke bedienen, welche einer Auslegung bedürfen. Das Röm. Recht hat einige besondre Interpretationsregeln dabei festgestellt [2]). Unter dem Namen Kinder (liberi) sollen auch die Enkel, Urenkel u. s. w., kurz die ganze Descendenz des Testirenden begriffen sein, da das Gesetz der 12 Tafeln alle diese unter sui verstanden habe [3]). Unter dem Worte Söhne sollen zwar auch die Töchter bei der Tuteleinsetzung mitbegriffen sein, aber in der Regel nicht die Enkel [4]); wenn aber der Testirer gar keine unmündigen Söhne mehr hat, sondern nur unmündige Enkel von Söhnen, und dennoch seinen „Söhnen" im Testamente einen Tutor ernennt, so ist dieß auf die Enkel [5]) auszulegen. Wenn der Testator seinen Töchtern einen Vormund bestellt, so sind darunter die Söhne nie begriffen [6]). Hat er ihn für seine Söhne und Töchter bestellt, so sind auch die nachgebornen Kinder beider-

filio, cui tutorem pater jure dedit, eundem a Praetore confirmari oportet; eventus judicatae rei declarabit, utrum ex testamento patris, an ex decreto Praetoris auctoritatem acceperit."

1) §. 3. 4. I. de tut. (1. 13.) §. 5. I. qui testament. tut. (1. 14.) l. 1. §. 1. 2. D. de testam. tut. (26. 2)

2) v. Glück Pand. Bd. 29. §. 1308. *a.*

3) l. 220. D. de V. S. (50. 16.) §. 5 I. qui test. tut. (1. 14.) l. 6. D. de test. tut. (26. 2)

4) Der lateinischen Sprache allein angemessen scheint dieß Zusammenfassen der Söhne und Töchter unter dem Worte filii. l. 6. 16. D. eod. §. 5. I. cit.

5) l. 220. §. 1. D. de V. S. (50. 16.) Hat er noch unmündige Söhne und redet dann nur von einem Tutor für seine Söhne: so muß man annehmen, daß er in Hinsicht der Enkel, welche er daneben hat, die gesetzliche Tutel wolle eintreten lassen; es müßte sonst sein entgegengesetzter Wille anderswoher bewiesen werden können, besonders da die Ausdehnung des Wortes Söhne so natürlich scheint, l. 201. D. eod.

6) l. 45. pr. D. de legat. I. (30.)

lei Geschlechts darunter zu verstehen [1]). Auch den Fall hat das Röm. Rechtsbuch berücksichtiget, daß der Vater in seinem letzten Willen den Tutor nur für einen unmündigen Sohn bestellt hat, dann aber mehrere unmündige Kinder hinterläßt; die Ernennung wird nämlich auf sämmtliche unmündige Kinder ausgedehnt [2]). — Ernannt werden zum Tutor kann jede an sich fähige Person [3]). Sollte sie durch eine bloß einstweilige Unfähigkeit die Vormundschaft zu führen abgehalten werden, oder ist die Ernennung bedingt [4]): so tritt diese in Kraft, sobald jene Unfähigkeit beseitigt oder die Bedingung erfüllt ist [5]). Aber eine unbestimmte Person darf der Tutor schon bei der Bestellung nicht seyn, denn für den Zweck einer Vormundswahl kommt es gerade auf die besondern Eigenschaften des Ernannten an, durch welchen der Vater für die Seinigen sorgen will [6]). — Sind vom Testirer zu verschiedenen Zeiten verschiedene [7]) Tutoren, z. B. wegen irriger Voraussetzung des Todes oder der Verhinderung des erstbestellten, ernannt worden, ohne daß jedoch erhellet, der erstere solle absichtlich wirklich verworfen und deßwegen der andere an seine Stelle gesetzt werden: so werden die ernannten Personen gemein-

1) §. 5. I. qui test. tut. (1. 14.) l. 5. D. de test. tut. (26. 2.) l. 164. pr. D. de V. S. (50. 16.)

2) l. 16. pr. D. de test. tut. (26. 2.)

3) l. 20. §. 1. l. 32. pr. D. eod.

4) Es steht dem Testator frei, den Tutor unter beliebigen Bedingungen oder Terminen zu ernennen. §. 3. I. qui test. tut. (1. 14.) §. 2. 5. I. quib. mod. tut. fin. (1. 22.) l. 8. §. 1. 2. l. 11. pr. D. de test. tut. (26. 2.) Donell. comm. lib. 3. c. 4.

5) §. 2. I. qui test. tut. (1. 14) l. 11. D. de tut. (26. 1.) l. 10. §. 3. D. de testam. tut. (26. 2.)

6) l. 20. pr. l. 30. D. eod. §. 27. I. de legat. (2. 20.): „quia certo judicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere.“

7) Ein anderer Fall aber ist, wenn ein und derselbe Tutor zu verschiedenen Malen auf mehrfache Weise, das ist unter verschiedenen Nebenbestimmungen ernannt worden ist; es gilt dann nur die

schaftlich Tutoren [1]). — Für die Form der Ernennung sind einige Regeln festgestellt. Einen Tutor bestellen kann der Testirer nämlich nur in einem gültigen Testamente [2]) oder in bestätigten Codicillen (codicillis testamento confirmatis); sollte er ihn in einem nicht bestätigten Codicille bestellt haben: so hat die Obrigkeit das Recht, die Bestätigung des ungehörig ernannten Tutor vorzunehmen [3]). Da nach dem Sen. Cons. Libonianum der Schreiber eines fremden Testaments eine Disposition, welche ihm selbst günstig ist, nicht gültig niederschreiben kann: so soll auch die Ernennung einer Person zum Tutor, wenn diese selbst diese Stelle des Testamentes schreibt, ungültig seyn [4]). Doch wenn weiter keine Bedenklichkeit obwaltet, dieser Person die Tutel anzuvertrauen: so kann die Obrigkeit [5]) durch ihre Bestätigung den Mangel ergänzen. — In Rücksicht der übrigen Wirkungen steht der unvollkommene testamentarische und confirmirte Tutor dem vollkommenen gleich [6]); jedoch der Anfall jener Tutel, und die Verbindlichkeit, sie zu

letzte Ernennung mit ihren Bedingungen oder Zeitangaben, l. 8. §. 3. l. 10. §. 1. D. eod.

1) l. 34. D. eod. l. 2. C. eod. (5. 28.) — Die Ernennung eines tutor für einen einzelnen Gegenstand wird nicht beachtet, l. 12. l. 14. l. 15. D. eod.

2) Dieß Testament muß auch bei Kräften geblieben seyn, wenn die Tutelbestellung gelten soll. Hat keiner der darin ernannten Erben die Erbschaft angetreten: so wird auch die Vormundsernennung ungültig. l. 7. l. 9. l. 10. pr. D. eod. Die Abtretung durch einen einzigen der Erben reicht aber zu ihrer Gültigkeit schon hin, und man braucht dann die Antretung der übrigen Erben nicht abzuwarten. — Die Ernennung des Tutor in einem testamentum parentum inter liberos ist für eine vollkommene testamentarische anzusehen. Euler de testam. par. int. liberos. §. 70.

3) l. 3 pr. D. eod. l. 1. §. 1. D. de confirm. tut. (26. 3.)

4) l 29. D. de test. tut. (26. 2.) Ist aber des Testirers Wille anderswoher deutlich, so soll der Ernannte wenigstens curator werden und sich nicht excusiren dürfen.

5) l. 18. §. 1. D. de lege Corn. de falsis. (48. 10.)

6) l. 3. D. de confirm. tut. (26. 3.) l. 27. pr. D. de test. tut. (26. 2.) Marani parat. ad P. lib. 26. tit. 3.

übernehmen, und die vom Vormunde zu tragende Gefahr des Geschäftes tritt, wie bei der dativa, erst mit dem Confirmationsdecrete ein [1]). Wenn daher das Gericht, ehe es die unvollkommne Vormundschaftsbestellung durch das Testament in Erfahrung gebracht, einen andern, als den vom Testator ernannten, eingesetzt hat: so bleibt der gerichtliche [2]) bestehen und es kommt auf obrigkeitliche Erwägung des Nutzens an, ob der im Testament genannte Tutor als Curator beizugeben sey.

b. Gesetzliche Tutel [3]).

§. 736.

Nach älterm [4]) Röm. Rechte war die Lehre von der gesetzlichen Tutel aus einer, wie es scheint, ursprünglich einfachen eine sehr verwickelte geworden; aber Justinian [5]) hat sie auf den einfachen Grundsatz zurückgeführt, daß in

1) l. 13. §. 12. de excusationibus (27. 1.) l. 2. C. de confirm. tut. (5. 29.) Höpfner Comm. üb. d. Inst. §. 185. Not. 4. Für gemischt hält die Tutel Noodt ad P. lib. 26. tit. 3. Vgl. v. Glück Pand. Bd. 29. §. 1311. a. und b. — Einige Stellen unsers Rechtsbuches setzen die confirmirten Tutoren den vollkommen testamentarischen entgegen, l. 3. §. 1. l. 26. §. 2. D. de test. tut. (26 2.) In andern Puncten haben jene aber den Character der wirklich testamentarischen; denn die Obrigkeit hat keine freie Wahl, sobald ein unvollkommener testamentarischer Tutor vorhanden ist, und kann ihn ohne gerechte Ursache nicht verwerfen; auch geht er den legitimis tutoribus vor, l. 3. init. C. quando mulier tut. (5. 35.); er darf sich nicht entschuldigen, sofern er ein Legat aus dem ihn ernennenden Testamente angenommen hat, l. 32. D. de excus. (27. 1.); und endlich war er nach Röm. Rechte, wie ein testamentarischer, von Bürgschaft frei. l. 2. l. 3. l. 11. §. 1. D. de conf. tut. (26. 3.) l. 4. C. de tut. v. cur. (5. 42.)

2) l. 3. C. de confirm. tut. (5. 29.)

3) v. Glück Pand. Bd. 29. §. 1313 – 1316. g. Zimmern Gesch. des Röm. Privatr. Thl. 1. §. 233. Schweppe Rechtsgesch. §. 424.

4) Auch da war die gesetzliche Tutel eine Folge des Intestaterbrechtes in das Vermögen des Pupillen, §. un. I. de legit. patr. tut. (1. 17.) l. 1. pr. §. 1. D. de legit. tut. (26. 4.)

5) Nov. 118. c. 5.

dem Grade und in der Ordnung, wie jeder volljährige, männliche Verwandte ab intestato succedirt, er die Vormundschaft, über welche nicht testamentarisch gültig bestimmt ist, übernehmen soll; wobei der ehemals hier sehr wichtige Unterschied zwischen Agnat und Cognat ganz aufgehoben worden ist. Bloß der (ehelichen oder unehelichen) Mutter und Großmutter (gegen die Regel, daß der Vormund stets ein Mann seyn müsse) ist erlaubt, die Vormundschaft über ihre Kinder und Enkel zu übernehmen, wenn sie wollen und vor Gericht der zweiten Ehe und der Wohlthat des Vellejanischen Senatusconsultes entsagen; in welchem Falle sie allen Seitenverwandten [1]), die zur gesetzlichen Tutel kommen würden, vorgehen. — Absolut unfähige Verwandte werden für immer, die auf eine Zeitlang zur Geschäftsführung der Tutel unfähigen nur einstweilen übergangen [2]). Sind mehrere, im Grade gleiche Personen, welchen die gesetzliche Vormundschaft übertragen werden muß, vorhanden: so soll die Verwaltung nach gemeinschaftlicher Uebereinkunft der Berufenen, und mit Zustimmung der competenten Obrigkeit einem unter ihnen, oder mehreren, nach dem Erforderniß der Umstände, jedoch auf Gefahr Aller, anvertrauet werden [3]). — Von der im ältern Röm. Rechte [4]) gültigen legitima parentum tutela ist jetzt nur noch die Spur übrig, daß der Vater, welcher sein Kind emancipirt hat, in der Tutel die Brüder dieses emancipirten Kindes ausschließt, wenngleich er als Intestaterbe ihm nicht näher steht, sondern mit dessen Brüdern

1) Nov. 118. l. c. Pufendorf obs. T. 2. obs. 11.

2) l. 1. §. 1. 2. D. de legit. tut. (26. 4.)

3) Nov. 118. c. 5. fin.

4) Vgl. Thibaut civ. Abhandl. Nr. 12. Zimmern und Neustetel römischrechtl. Unters. Nr. 8.

nur ein gleiches Erbrecht hat. Hat aber der Großvater aus seiner Gewalt einen unmündigen Enkel entlassen, dessen Vater noch in dieser Gewalt geblieben ist: so wird [1]) nicht der Großvater der Intestaterbe des emancipirten Enkels, sondern der Vater. Deßwegen wird Letzterer auch, mit Vorübergehen des emancipirenden Großvaters, der gesetzliche Vormund werden und nach dem Tode des Großvaters bleiben [2]). — Bei Waisenhauskindern sind immer die Vorsteher der Anstalt die gesetzlichen Vormünder, ohne daß ihnen eine Caution oder Rechnungsablage soll abgefordert werden können [3]).

c. Dativtutel [4]).

§. 737.

Die Dativtutel wird von der Obervormundschaft angeordnet [5]). Da Staatsbürger, welche im Sprengel eines Gerichts ihr Domicil nicht haben, demselben nicht unterworfen sind: so kann die Obervormundschaft außerhalb ihres Gerichtsbezirks Niemand zum Vormunde ernennen [6]). Findet sich aber innerhalb desselben keine taugliche Person: so muß sich das Gericht mit Vorschlägen an das Obergericht [7]) wenden, um aus der Nachbarschaft Jemand zum Vormunde zu wählen. Doch kann auch ein fremder Gerichtsuntergebener bestellt werden, wenn er einwilligt und sich

1) Nov. 118. c. 1.

2) Donell. comm. de jur. civ. Lib. 3. c. 6. §. 15.

3) l. 32. C. de episc. et cler. (1. 3.) Nov. 131. c. 15.

4) v. Glück Pand. Bd. 29. S. 400 ff. Bd. 30. S. 3—77.

5) l. un. C. ubi pet. tut. (5. 32.)

6) l. 3. D. de tut. dat. (26. 5.) l. 13. §. 12. fin. D. de excusat. (27. 1.) l. 5. C. qui dare tut. (5. 34.)

7) l. 24. D. de tut. dat. (26. 5.) und wiederholt in l. 1. §. 10. D. de magistr. conven. (27. 8.)

dem bestellenden Gerichte in Rücksicht dieser Vormundschaft unterwirft [1]). Die Magistratsperson darf sich selbst nicht dazu ernennen, weil dann die Oberaufsicht auf den Vormund fehlen würde [2]); wohl aber kann ein Collegium einem seiner Mitglieder die Vormundschaft anvertrauen, welches dann zum ganzen Collegium wie jeder andre Vormund zur Obervormundschaft sich verhält [3]). — Der gerichtlich gegebene Tutor unterscheidet sich dadurch, daß er nicht unter einer Suspensivbedingung oder aufschiebenden Zeitbestimmung gegeben werden kann; denn das Gericht bestellt ihn stets nur in Ermangelung eines testamentarischen oder eines gesetzlichen, und er muß also unverzüglich eintreten, damit der Unmündige nicht ohne Vormund sey. Dieß folgt aus dem Begriffe einer solennen Civilhandlung [4]), aber auch schon aus der Natur der Sache; ja ein suspensiv bedingender oder der Zeit nach aufschiebender Zusatz bei der Vormundsernennung durch das Gericht macht diese ganze Ernennung ungültig [5]), wenn nicht etwa der bedingende Zusatz bloß ein Ausdruck ist, welcher nicht als eigentliche Suspensivbedingung, sondern als Befehl der Obrigkeit angesehen [6]) werden muß. Die nothwendiger Umstände wegen geschehende Hinzufügung einer Resolutivbedingung oder eines Endtermins aber giebt der obrigkeitlichen Bestellung [7])

1) Pufendorf Obs. T. 2. obs. 13.

2) l. 4. D. de off. praetor. (1. 14.) l. 5. D. de offic. praesid. (1. 18.) l. 4. D. de tut. dat. (26. 5.)

3) l. 19. §. 1. D. eod. l. 3. D. qui pet. tut. (26. 6.)

4) l. 77. D. de R. J. (50. 17.)

5) l. 6. §. 1. D. de tutel. (26. 1.)

6) Z. B. „tutorem do, *si satis dederit*“, von welchem Ausdrucke Ulpian sagt, non conditionem in se habere, sed admonitionem. l. 6. §. 1. D. cit.

7) §. 1. I. de Atiliano tut. (1. 20.) In andern Fällen darf auch hier Endtermin oder Resolutivbedingung nicht eintreten; v. Glück Pand. Bd. 29. S. 466. Bd. 31. S. 158.

eines Vormundes keinen fehlerhaften Zusatz. — Ehe der Vormund ernannt wird, muß die Obervormundschaft seine Beschaffenheit und die Umstände untersucht haben [1]), damit sie von seiner Tauglichkeit überzeugt sei (ex inquisitione); auch kann sie nach ihrem Gutfinden mehrere Vormünder nebeneinander bestellen, wenn die Belegenheit oder Verschiedenartigkeit des zu verwaltenden Vermögens es erfordert [2]). Binnen spätestens 30 Tagen von der Ernennung an soll das Gericht dem Vormunde diese durch ein Decret kund thun [3]). — Sehr oft wird diese Tutel durch die Erbittung eines Tutors herbeigeführt, falls Jemand der Obrigkeit ein bestimmtes Subject dazu in Vorschlag bringt [4]). Denn damit Unmündige nicht ohne Tutor und erforderlichen Falles [5]) ohne Curator bleiben', ist den nächsten Intestaterben zur Pflicht gemacht, die Obrigkeit zur Anstellung eines Vormundes aufzufordern. Auch ist diese Aufforderung jedem Freunde und jedem Gläubiger erlaubt; und sie tritt auch ein, wo es nur einer Confirmation [6]) bedarf. Der Mutter, falls sie nicht selbst Vormünderin seyn will oder kann, und den übrigen Intestaterben ist sogar bei Strafe geboten, die Obrigkeit auf dieß Bedürfniß aufmerksam zu machen. Versäumen sie, dem nachzukommen, ein Jahr lang [7]), oder bringen sie aus Fahrlässigkeit oder Arg-

1) §. 4. I. eod. l. 7. §. 6. C. de curat. furios. v. prod. (5. 70.) l. 21. §. 5. D. de tut. dat. (26. 5.) Das Gericht muß hierbei besonders auf Rechtschaffenheit und Kenntniß sehen, auch Niemand bestellen, welchen die Aeltern des Pflegbefohlnen verworfen haben, l. 21. §. 1. D. eod., oder welcher sich zur Tutel drängt, l. 21. §. 6. D. eod.

2) l. 1. C. de tut. vel curat. illustr. (5. 33.) l. 23. D. de tut. dat. (26. 5)

3) l. 29. D. eodem.

4) l. 2. §. 1. D. qui pet. tut. (26. 6.) l. 1. l. 4. l. 7. C. eod. (5. 31.)

5) l. 4. §. 2. D. eod.

6) l. 2. §. 2. l. 4. pr. D. eod.

7) l. 2. §. 43. D. ad SCt. Tertull. (38. 17.)

list unfähige oder mit Erfolg sich entschuldigende Personen in Vorschlag [1]): so sollen sie den Pupillen nicht ab intestato und nicht in Folge einer Pupillarsubstitution beerben [2]), und was sie solchergestalt verlieren, soll dem nächsten Erben zufallen [3]). Wenngleich Unbekanntschaft mit dem Gebote, wegen dessen höchst natürlichen Inhalts, von der Strafe nicht befreiet [4]): so fällt sie doch weg, wenn Hindernisse, welche vom Verpflichteten nicht verschuldet sind, das Erbitten unwirksam machen oder nicht geschehen lassen, oder wenn schon ein Vormund bestellt worden [5]); ferner wenn der Unmündige während der in Betracht kommenden Zeit ohne Vermögen gewesen [6]); auch wenn er nach erlangter Fähigkeit des Testirens gestorben ist [7]). Die Mutter des Pupillen wird außerdem noch durch ihre Minderjährigkeit von der Strafe befreiet [8]). — Daß die Pflicht der Obervormundschaft, auch ohne Erbittung einen Vormund zu bestellen bestehet, ergibt sich aus den oben dargelegten Grundsätzen schon von selbst (vgl. §. 731.). Auch wiederholt sich diese Pflicht, so wie die der Verwandten zur Erbittung dann jedes Mal, wenn ein vorgeschlagener Vormund nicht angenommen wird, oder in der Folge wegfällt [9]).

1) l. 2. §. 32 — 41. D. eod. l. 2. §. 1. D. qui pet. tut. (26. 6.)

2) l. 10. C. de legit. hered. (6. 58.) l. 6. C. ad SCt. Tertull. (6. 56.) Was sie aber wegen eines andern Grundes aus dem Vermögen des Kindes in Anspruch zu nehmen haben, bleibt ihnen. l. 4. §. 3. D. qui pet. tut. (26. 6.)

3) l. 2. §. 1. D. qui pet. tut. (26. 6.) l. 2. §. 23. D. ad SCt. Tertull. (38. 17.) l. 10. C. de legit. hered. (6. 58.)

4) l. 11. C. qui pet. tut. (5. 31.)

5) l. 8. C. eod. l. 2. §. 27. D. ad SCt. Tertull. (38. 17.) Donellus, comm. jur. civ. Lib. 3. c. 8. §. 20 — 24.

6) l. 2. §. 26. 45. 46. D. eod.

7) l. 3. C. eod. (6. 56.)

8) l. 2. C. si adversus delictum. (2. 35.)

9) l. 2. §. 1. 2. D. qui pet. tut. (26. 6.)

3. Uebernehmung der Tutel.

§. 738.

Im Allgemeinen ist jeder Staatsbürger schuldig, die ihm auf irgend eine Art zufallende Vormundschaft zu übernehmen, denn tutela ist ein munus publicum, und diesem kann sich Niemand entziehen [1]). So groß die Zahl der anerkannten Entschuldigungsgründe eines zur Uebernahme der Vormundschaft Aufgeforderten auch ist, bestätigen diese doch die Regel von der allgemeinen Verpflichtung um so viel mehr. Der testamentarische Vormund ist davon ebensowenig frei, wie ein andrer [2]). Weigert ein ernannter Tutor die Annahme der Vormundschaft ohne gerechten Grund: so muß er alle Gefahr tragen, gerade als wenn er eingewilligt hätte, Vormund zu seyn [3]), und es können gegen ihn sogar Zwangsmittel zum Zwecke der Uebernehmung der Tutel angewandt [4]) werden. Setzt der Vormund aber seine Weigerung ohne hinreichenden Entschuldigungsgrund ferner fort: so kann die Obrigkeit ihn als Vertrauens unwerth [5]) absetzen und er ladet dadurch römische Infamie auf sich [6]). — Noch ist zu bemerken, daß die Uebernahme der Tutel von Seiten der Mutter und Großmutter ganz freiwillig [7]) ist. — Der ernannte Tutor

1) l. 1. pr. D. de adm. et per. tut. (26. 7.) l. 9. D. de muneribus et honorib. (50. 4.) l. 3 C. de suspect. (5. 43.)

2) l. 2. §. 5. l. 10. §. 4. l. 37. pr. l. 45. §. 1. D. de excus. (27. 1.) Der für eines Minderjährigen peculium adventitium irregulare (s. §. 653.) ernannte Curator hat jedoch die freie Wahl, ob er „hujusmodi gubernationem subire noluerit.“ Nov. 117. c. 1. §. 1.

3) l. 1. §. 1. D. de adm. et peric. tut. (26. 7.) l. 2. C. de suspect. (5 43.)

4) l. 3. C. eod. l. 9. D. de mun. et hon. (50. 4.)

5) l. 7. §. 3. D. de suspect. (26. 10.) l. 2. l. 3. C. eod. (5. 43.)

6) Denn sein dolus ist offenbar, §. 6. I. de suspect. (1. 26) l. ult. C. eod. (5. 43)

7) Nov. 94. c. 1.

muß, bevor er sich in die vormundschaftlichen Geschäfte mischt, auf seine künftige Amtsführung beeidiget werden. Dieß kam zwar im Röm. Rechte auch schon vor [1]), ist aber in den Reichsgesetzen als allgemeine Regel vorgeschrieben [2]). Nach geleistetem Eide wird zunächst die Bürgschaftsbestellung des Vormundes folgen müssen. Er soll zur Sicherheit des Vermögens des Mündels nach Röm. Rechte Bürgen [3]) stellen; in der Praxis hält man die Verpfändung unbeweglicher Güter für genügender und verlangt Bürgen nicht [4]). Bei den Römern war die Pflicht des Vormundes zur Cautionsleistung nicht allgemein [5]). Der testamentarische und der gerichtlich ex inquisitione angestellte war davon frei [6]), weil jener als vom Testator [7]), dieser als von der Obrigkeit [8]) hinlänglich geprüft angesehen wurden. Auch leisteten aus demselben Grunde der römisch confirmirte Vormund eine Caution nicht [9]). — Aber die deutschen Reichsgesetze enthalten die Verordnung, daß alle Vormünder ohne Ausnahme Caution [10]) leisten sollen. In der Praxis mehrerer deutscher Länder wird hiervon jedoch abgewichen, indem man sich bei der gesetzlichen Hypothek beruhiget, welche den Pupillen und Minderjähri-

1) l. 7. §. 5. 6. C. de cur. furios. (5. 70.) Nov. 72. c. 8.

2) R.-P.-O. v. 1577. Tit. 32. §. 3.

3) pr. I. de satisd. tut. (1. 24.) R.-P.-O. a. a. O.

4) Schilter Prax. jur. Rom. Ex. 37. §. 88. 89.

5) v. Glück Pand. Bd. 30. §. 1329. a. S. 174. ff. Zu bemerken ist noch, daß schon nach Röm. R. die Mutter und Großmutter von der Cautionsleistung nicht frei waren. Nov. 94. c. 1. Nov. 118. c. 5. fin.

6) l. 17. pr. D. de test. tut. (26. 2) pr. I. de satisd. tut. (1. 24.)

7) l. 7. §. 5. C. de curat. fur. (5. 70.)

8) l. 13. fin. D. de tut. dat. (26. 5.)

9) l. 3. D. de confirm. tut. (26. 3.) l. 4. C. de tut. v. curat. qui satis non d. (5. 42.)

10) Sie sollen „rechtmäßig-genugsame Caution und Versicherung thun." R.-P.-O. a. a. O.

gen am ganzen Vermögen ihrer Vormünder zustehet [1]); doch ist auch dann erforderlich, daß die Obervormundschaft sich überzeuge, daß dieß Vermögen nicht verschuldet oder mit Hypotheken belastet sei. — Daß der Testator die Cautionsbestellung dem von ihm ernannten Vormunde erlassen kann, ist in der Praxis kaum noch zu bezweifeln; wenigstens indirect kann Jener durch das Verbot des Inventars die Wirkungen der Caution [2]) entkräften. — Der Vormund hat ferner vor der Einmischung in die Administration die **confirmatio ex jure germanico** zu erwarten, d. i. das obrigkeitliche Decret [3]), welches ihn zu Antretung seines Amtes autorisirt (s. §. 731.) und **tutorium** (bei Curatoren **curatorium**) genannt wird. Diese **confirmatio germanica** hat mit der Römischen confirmatio nichts gemein, als daß beide von der Obrigkeit ausgehen. Letztere kommt bloß bei unvollkommenen testamentarischen Vormündern vor, Erstere bei allen; die deutsche macht einen Theil des Antrittes des vormundschaftlichen Amtes aus, die Römische hebt bloß gewisse Mängel der Delation [4]). Uebrigens verwandelt die deutsche

1) Schilter l. c. §. 90. Wegen der, im Vergleich mit dem Röm. Rechte, bei uns viel größern Controle der Obervormundschaft gegen die Verwaltung des Vormundes scheint die Cautionsbestellung weniger nöthig, als sie bei den Römern gewesen ist. Eichhorn deutsches Privatrecht, 3te Aufl. §. 321.

2) Auch insofern, als man bei diesem Verbote nicht bestimmen kann, wie groß die Caution wohl seyn müsse.

3) R.-P.-O. v. 1577. Tit. 32. §. 2. „Daß auch ein jeglicher Vormund, er sey gleich in Testaments Weis verordnet, oder durch das Recht und den Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll; die Verwaltung sey ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decretirt und befohlen."

4) S. Stryk Us. mod. Pand. lib. 26. tit. 3. §. 4. seq. — Der Streit, ob ein bloßer honorarius tutor ein Tutorium nöthig habe, ist ohne Schwierigkeit zu entscheiden; denn das Reichsgesetz nimmt davon Niemand aus, sondern sagt „ein jeglicher Vormund"; die Absicht, Gewißheit über das Daseyn eines Vormundes, und dar-

Confirmation keineswegs jeden Vormund in einen gerichtlich gegebenen; denn die Reichsgesetze wollen damit nur die Acquisition seiner Vormundschaft bestätigt wissen und verändern an der Delation nichts, ja sie nennen sogar die drei Arten der Vormundschaft ausdrücklich und lassen sie in ihrer Verschiedenheit bestehen [1]). — Was der Vormund vor Ausfertigung des obrigkeitlichen Einsetzungsdecrets in der Administration der Angelegenheiten des Mündels thut, ist nichtig, denn es ist gegen das Gesetz [2]) gethan; jedoch werden solche Fälle auszunehmen seyn, in denen Gefahr des Verzugs vorhanden war und die Umstände eine genügende Entschuldigung geben [3]). — Nach Empfang [4]) des Tutoriums muß der administrirende Vormund sofort sich angelegen seyn lassen, unter Zuziehung öffentlicher Personen ein vollständiges Inventarium (inventarium, repertorium, synopsis bonorum pupillarium) über das ihm anvertrauete Vermögen seines Pflegbefohlnen errichten zu lassen [5]). Gewöhnlich errichtet man es unter gerichtlicher Leitung, d. i. so, daß es die erforderliche Glaubwürdigkeit durch die Zuziehung des Gerichts selbst bei der Verzeichnung der Gegenstände erhält. Es kann auch vor Notar und Zeugen [6]) errichtet werden, die entwegen wird er auch selbst eilig um die deutsche Confirmation nachsuchen müssen.

über, daß die bestimmte Person es sey, zu erhalten, gilt auch beim honorarius eben so, wie bei andern.

1) Vgl. Note 3. S. 287.

2) R.-P.-O. v. 1577. a. a. O. „sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll". —

3) Eine Analogie liefert l. 7. pr. D. de adm. et per. (26. 7.) Auch trägt der Vormund, nachdem ihm die Delation bekannt geworden, alle Gefahr der Zögerung, l. 5. §. 10. D. eod. Deßwegen wird er auch selbst eilig um die deutsche Confirmation nachsuchen müssen.

4) v. Glück Pand. Bd. 30. §. 1330.

5) l. 7. pr. D. cit. l. 24. C. eod. (5. 37.)

6) Strube's R. Bed. 1r Thl. Bed. 79. (Spangenberg's Ausgabe. Bd. 1. S. 126. f.) Claproth theor. prakt. Rechtswiss. von freiwill. Gerichtshandl. §. 129.

weder der Vormund, wenn er autorisirt ist, oder die Obervormundschaft erbittet. Wichtig ist, bei Verzeichnung der ausstehenden Capitale ins Inventar, die Obligationen und Handschriften nebst deren accessorischem Inhalte genau anzugeben; denn dieß gewährt den besondern Vortheil, daß, wenn die Urkunden selbst verloren gehen sollten, man aus einem untadelhaft förmlichen Inventar gegen die Schuldner klagen kann [1]). — Es ist die (auch der Mutter und Großmutter [2]) obliegende) Pflicht der feierlichen Inventarienerrichtung vom Röm. Rechte und von den Reichsgesetzen [3]) allgemein vorgeschrieben, weil sie die Grundlage der ganzen vormundschaftlichen Verwaltung ausmacht. Daher steht es keineswegs in der Willkür des Vormundes, das Inventarium durch ein eidlich zu bestärkendes Privatverzeichniß zu ersetzen [4]); im Gegentheile soll gegen ihn die Quantität des Vermögens, wegen seines als erwiesen anzunehmenden Dolus in Verzögerung der Inventarisirung, durch ein bloßes jusjurandum in litem klar gemacht werden können [5]). — Befreien von Errichtung des Inventars kann bloß der Testator, von welchem das Vermögen des Kindes herrührt, indem derselbe (nicht bloß nachläßt, sondern) befiehlt [6]), daß kein Inventar gemacht werde

1) l. 57. pr. D. de admin. et per. tut. (26. 7.)

2) Thibaut System d. P.-R. §. 515.

3) R.-P.-O. v. 1577. Tit. 32. §. 3.

4) v. Glück a. a. O. S. 192. ff.

5) Da der Vormund, mit Ausnahme des Falles augenscheinlicher Gefahr beim Verzuge, vor Errichtung des Inventars die Verwaltung in keinem Puncte ausüben darf, weil er sonst verdächtig wird, abgesetzt werden und selbst mit Infamie bestraft werden kann: so ist an der Richtigkeit dieser praesumtio doli gar nicht zu zweifeln, l. 7. pr. D. de adm. et peric. tut. (26. 7.) l. ult. §. 1. C. arbitr. tut. (5. 51.) v. Wening-Ingenheim über die praesumt. dol. im neuen Crim.-Archiv. Bd. 2. Nr. 9. §. 9.

6) l. ult. §. 1. C. cit. Dieß

(specialiter inventarium conscribi vetuerit); und der Richter [1]), indem er aus den Umständen folgert, daß Errichtung eines Inventars von Seiten des Vormundes unnütz sey, z. B. wenn des Pupillen Vermögen ganz gering ist, oder besser nicht offenbart wird. Ist schon vorher über Vermögen, aus welchem der Pupill das seinige herleitet oder das er bekommt, ein Inventarium auf glaubhafte Weise aufgenommen, z. B. über eine Erbschaft, von welcher der Pflegbefohlne seinen Antheil erhält, und über diesen Antheil selbst, mittelst Erbschaftsinventars und Theilungsrecesses: so kann der Richter um so leichter von nochmaliger Aufnahme eines Inventars dispensiren.

B. Aufhebung der Tutel.

§. 739.

Die Aufhebung einer Tutel kann eine Folge davon seyn, daß diese Bevormundung des Pupillen überhaupt aufhören, also auch kein andrer Tutor dem abtretenden folgen; oder davon, daß nur des zeitigen Vormundes Amtsführung beendigt und statt seiner ein Nachfolger bestellt werden soll. I. Beendigung der Tutel durch Aufhebung der Tutel über diesen Pflegbefohlnen überhaupt. a) Durch den Tod des Pupillen, da nicht nur die persönliche Tutel dadurch unnöthig wird, sondern auch die vormundschaftliche Verwaltung seines Vermögens mit seinem Tode aufhört [2]). b) Durch jede capitis diminutio des Pupillen; durch die maxima und media [3]),

Verbot kann der Testator jedem Vormunde auferlegen, nicht bloß dem testamentarischen.

1) v. Glück a. a. O. S. 207.

2) §. 3. I. quib. mod. tut. finit. (1. 22.) l. 4. pr. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.)

3) Vgl. Thl. 1. S. 151. —

besonders aber durch die minima, wenn nämlich der Pupill arrogirt wird und also in die väterliche Gewalt des Arrogirenden tritt. c) Durch die Legitimation, durch welche der bisher nicht in der Vatergewalt stehende Unmündige in dieselbe gelangt (vgl. §. 662. 663.). d) Und endlich durch eintretende Mündigkeit des Pupillen, welche bei den Knaben mit vollendetem vierzehnten, bei den Mädchen mit vollendetem zwölften Jahre angenommen wird [1]).

II. Die Beendigung der Tutel durch das Ende der Amtsführung bloß des zeitigen Tutors wird a) zunächst durch dessen Tod herbeigeführt [2]). Seine Erben als solche haben die Vormundschaft nicht fortzusetzen, denn sie ist ein höchstpersönliches [3]) Amt, und kann als potestas in capite libero überhaupt nicht erblich seyn. Denn auch der Uebergang der erledigten Vormundschaft etwa auf den nächstfolgenden legitimus tutor ist nicht mit Vererbung zu vergleichen. — Doch müssen die zur Geschäftsführung fähigen Erben die vom Vormunde angefangenen Geschäfte vollenden, besonders auch die angefangenen Processe bis zur Rechnungsablage fortsetzen; versäumen sie dieß arglistig [4]) und entsteht dadurch dem Pupil-

Theophil. Paraphr. gr. I. ad §. 1. quib. mod. tut. fin. (1. 22.) — l. 13 §. 1. l. 14. D. de dolo malo. (4. 3.) l. 23. D. de furt. (47. 2.) l. 5. §. 2. D. ad l. Aquil. (9. 2.) l. 1. §. 6. D. ne vis fiat ei. (43. 4.) l. 111. D. de R. J. (50. 17.) Wer cap. diminutione media, wegen Deportation als Verbrecher, aus der Tutel trat, mußte schon pubertati proximus seyn. Vgl. Dirksen über die pup. infantiae vel pubert. prox. im Rhein. Museum f. Jurispr. 1. Jahrg. S. 316 ff. — Ueber die minima: l. 1. D. de adopt. (1. 7.) l. 11. §. 2. D. de bon. p. sec. tab. (37. 11.)

1) l. 4. pr. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.) pr. I. quib. mod. tut. fin. (1. 22.) l. 3. C. quando tut. v. cur. esse desin. (5. 60.) Zimmern Gesch. des R. Privatr. Thl. 1. §. 120.

2) l. 16. §. 1. D. de tut. (26. 1.)

3) l. 18. §. 1. D. de muner. et hon. (50. 4)

4) l. 1. pr. D. de fidejuss. et nomin. et hered. tut. (27. 7.) l. 27. D. de appell. (49. 1.)

len ein Schaden, so haften sie dafür. b) Auch durch die capitis diminutio maxima [1]) und media des Tutors (nicht durch die minima, selbst nicht beim legitimus tutor nach neuestem Röm. Rechte) würde die Tutel aufgehoben werden [2]). c) Die Mutter und Großmutter verlieren die Tutel über ihren Unmündigen, wenn sie zur zweiten Ehe schreiten [3]). Es liegt ihnen dabei ob, vorher einen andern Vormund zu erbitten, Rechnung abzulegen und das Vermögen des Kindes herauszugeben [4]), wenn sie nicht in die Strafe des verletzten Trauerjahrs verfallen wollen (s. §. 721.). — d) Auch endigt sich die Tutel, wenn der Verwaltung eines bestimmten Tutors gültiger Weise durch den Ernennenden eine Resolutivbedingung oder ein Endtermin gesetzt worden ist und diese eintreten. Dieß kommt besonders bei der testamentarischen Tutel, jedoch auch dann bei der gerichtlich bestellten vor, wenn ein interimistischer Vormund ernannt worden ist [5]). — Daß der Tutor Gläubiger oder Schuldner wird, hebt die einmal übertragene Tutel nicht wieder auf; was um so natürlicher und nothwendiger ist, als bei der Administration des Vormundes unausbleiblich von ihm öfters ein Vorschuß in die Rechnung des Mündels geleistet werden muß, und auch Jener leicht Schuldner des Letztern werden kann [6]). — Was man sonst noch als Aufhebungsgrund der Tutel anführt, ist nach Römischer Ansicht richtiger Verhinderungsgrund zu nennen (§. 740. ff.).

1) Vgl. Thl. 1. S. 151.
2) v. Glück Thl. 31. S. 133 — 143.
3) Nov. 94. c. 2. fin.
4) Nov. 22. c. 40.
5) v. Glück a. a. O. §. 1349. c. §. 3. I. qui test. tut. (1. 14.) §. 2. I. quib. mod. tut. fin. (1. 22.) l. 14 §. 3. 5. D. de tut. (26. 1.) l. 8. §. 1. 2. D. de test. tut. (26. 2.) Höpfner, Comm. über die Inst. §. 200.
6) l. 16. D. de auct. tut. (26. 8.) Nov. 72. c. 2. Donell. comm. j. c. 3, 14.

C. Verhinderung des Tutors.

1. Im Allgemeinen.

§. 740.

Da bei Ernennung eines tutor dativus die Obervormundschaft vorher gehörige Untersuchung über seine Fähigkeit und Bereitwilligkeit angestellt haben muß: so wird ein solcher nicht leicht Verhinderungen vorbringen; desto häufiger sind sie beim testamentarius und beim legitimus tutor. Die alte Regel des Röm. Rechts Tutorem habenti tutor non datur, gilt im neuern Rechte nicht mehr [1]). Es tritt für den verhinderten immer ein tutor dativus ein [2]). Wird er für immer und für alle Geschäfte bestellt, so folgt daraus der gänzliche Abgang des vorigen Tutors. Ein temporäres oder einige Theile der Geschäfte betreffendes Hinderniß hat diese Wirkung nicht [3]); vielmehr tritt für den nur auf eine Zeitlang oder für einen einzelnen Verwaltungstheil bestellten Vormund, der frühere, welcher während dessen auch bleibt, immer wieder ein, sobald die Abhaltung beseitigt ist [4]). — Die Gründe eigentlicher Unfähigkeit nennt man excusationes **necessariä**, und die, welche ein zur Vormundschaft Berufener vorbringen, jedoch auch unvorgeschützt lassen kann, excusationes **voluntariä**. Der Römische Begriff der excusatio enthält aber bloß die letztre Art der Verhinderungsgründe, bei welcher man darauf siehet, ob der übrigens fähige Vormund den ihm gesetzlich gegebenen Befreiungsgrund zur

1) Schweppe Rechtsgesch. §. 429. 430.

2) l. 11. D. de test. tut. (26. 2.) l. 3. §. 8. D. de leg. tut. (26. 4.)

3) Gajus I. 173. 182. 183.

4) l. 17. D. de tut. (26. 1.) l. 4. §. 1. D. qui pet. tut. (26. 6.) l. 39. §. 7. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 21. §. 2. D. de excus. (27. 1.)

Ablehnung des beschwerlichen Amtes der Vormundschaft gebrauchen will oder nicht [1]). — Einer excusatio sich zu bedienen braucht immer nur derjenige, welcher gültig zum Vormund ernannt ist; ein andrer hat nicht nöthig, auf die Ernennung Rücksicht zu nehmen, noch sich an die zur Entschuldigung vorgeschriebenen Fristen zu binden [2]). Es kommen die rechtlichen Entschuldigungsgründe aber jeder Klasse der Vormünder, auch den gesetzlich angeordneten [3]), zu Statten. In der Regel befreit jedoch ein Entschuldigungsgrund nur von Uebernahme einer neuen, nicht von Fortsetzung einer übernommenen Vormundschaft; nur einige Gründe [4]) machen davon eine Ausnahme (vgl. §. 741. und 741. *a*). Auch wer in seine Ernennung zum Vormunde einmal eingewilligt hat, verliert eben dadurch, wenn nicht besondre Gründe eintreten, alle ihm etwa zuständigen Excusationen [5]), er mag die Einwilligung dem

1) §. 13. I. de excus. (1. 25.) drückt dieß in Beziehung auf die Minderjährigen mit den Worten aus: „olim quidem *excusabantur*, nostra autem constitutione *prohibentur* ad tutelam vel curam adspirare; und der §. 14. I. eod. sagt: der Kriegsmann sey „nec volens ad tutelae onus“ zuzulassen. cf. l. 11. D. de decurion. (50. 2.) — Hiernach ist die im Texte befolgte Trennung des §. 741. über die persönliche Unfähigkeit zu administriren, vom §. 733. nicht ganz zu rechtfertigen.

2) l. 13. §. 12. D. de excus. (27. 1.) „Qui non juste dati sunt tutores (hoc est, a quibus non oportet, aut quos non oportet, aut quibus non oportet, aut quo non oportet modo), si neque confirmentur neque administraverint, sunt immunes. Neque opponet quis eis, quod *constituta tempora excusationis non observaverint*; neque enim habent *excusationis necessitatem*“, etc.

3) A. M. Cujac. ad tit. Dig. de excus. in Opp. T. I. p. 1035. ad l. 13. eod. Allein die Gesetzstellen sind nicht anders, als von jeder Klasse der Vormundschaft zu verstehen, l. 3. §. 8. D. de legit. tut. (26. 4.) l. 1. l. 4. C. eod. (5. 30.) l. 9. C. qui dare tut. (5. 34.). Nach den deutschen Reichsgesetzen ist es ebenfalls keinem Zweifel unterworfen, daß die Entschuldigungsgründe von allen Arten der Vormünder gebraucht werden können, R.-P.-O. v. 1548. T. 31. §. 1. a. E.

4) l. 11. §. 2. D. de minor. (4. 4.) verb.: „cum enim“ etc.

5) §. 9. I. de excus. (1. 25.) l. 15. §. 1. D. eod. (27. 1.)

ernennenden Testator oder dem Gerichte gegeben haben. Giebt er die Einwilligung dem Testator, so kann auch eine später entstehende Excusation (wenn sie nicht zu denen gehört, die selbst von schon übernommenen Vormundschaften zu befreien vermögen) den durch diese Einwilligung zur Annahme vertragsmäßig Verpflichteten nicht entschuldigen. Dasselbe tritt bei dem testamentarischen Vormunde ein, welcher ein Erbtheil oder Vermächtniß aus dem Testamente des ihn zum Tutor ernennenden Testirers angenommen hat; bedient er sich dagegen der Excusation, so soll er die Erbschaft oder das Vermächtniß nicht erhalten [1]). Ferner kann man sich nicht mehr excusiren, wenn man sich schon in die Geschäftsführung für die Pupillen in der Absicht, als Vormund zu handeln, eingemischt hat [2]); wobei jedoch später entstehende Excusationsgründe nicht verloren gehen, vielmehr noch vorgebracht werden können [3]).

2. Einzelne Verhinderungen.

a. Bei der Tutel überhaupt.

α. Persönliche Unfähigkeit zur Verwaltung der vormundschaftlichen Geschäfte.

§. 741.

Die persönliche Unfähigkeit des Tutors zur Verwaltung der vormundschaftlichen Geschäfte ist eine Folge des jugendlichen Alters, der physischen Gebrechlichkeit oder eines Gemüthsfehlers, und der Abwesenheit desselben.

1) l. 28. pr. D. de test. tut. (26. 2.) l. 5. §. 2. D. de his quae ut indignis. (34. 9.) l. 25. fin C. de legat. (6. 37.)

2) l. 2. C. si tutor v. cur. fals. (5. 63.) arg. l. 13. §. 12. D. de excus. (27. 1.) l. 39. §. 9. D. de adm. et peric. tut. (26. 7.)

3) l. 13. §. 3. D. de vacat. et excus. muner. (50. 5.) l. 12. C. de excus. (5. 62.)

A) Der Minderjährige (unter 25 Jahren) wird in den Rechten als unfähig zu dieser Geschäftsführung angesehen. Denn er soll für den Pupillen sorgen und gültig handeln können. Wer nicht volljährig ist, kann seinen eigenen Geschäften nicht vorstehen, noch sein Vermögen gültig mit einer Hypothek beschweren [1]). Ist ein Minderjähriger testamentarisch zum Vormunde bestellt, so muß bis zu seiner Volljährigkeit das Gericht einen Andern an seine Stelle setzen [2]). B) Blinde, Taube und Stumme können für sich selbst nicht sorgen, mithin noch weniger den Geschäften andrer Personen vorstehen, und namentlich bei Unmündigen nicht auctoritatem praebere [3]). Wird der Tutor taub oder stumm während der Vormundschaft, so muß sie ihm abgenommen werden, denn er ist auch bei größter Bekanntschaft mit den Geschäften des Pflegbefohlnen selten im Stande, fortwährend für diesen zu sorgen [4]); wird ein Vormund aber während seiner Verwaltungszeit blind, so kommt es auf die Umstände an, ob er fähig bleibt, und er kann dann das Amt behalten, wenn er nicht sich zu entschuldigen vorziehet [5]). C) Wahnsinn

1) Gajus comm. I. 179. l. ult. C. de legit. tut. (5. 30.) Vor Justinian konnte ein Minderjähriger, wenn er sich der Excusation wegen seines Alters nicht bediente, Vormund seyn. Jetzt darf ihn die Obervormundschaft, bis er volljährig wird, zur Führung des Amtes gar nicht zulassen, §. 13. I. de excus. (1. 25.)

2) §. 2. I. qui testam. tut. (1. 14.) l. 32. §. 2. D. de test. tut (26. 2.) l. 10. §. 7. D. de excus. (27. 1.), woselbst in den Worten „donec quidem *impubes* fuerit“ der Ausdruck impubes irrig aus dem Griechischen übertragen ist und adultus heißen muß. Ev. Otto in comm. ad Justin. Institut. ad §. 13. I. qui test. tut. (1. 14.)

3) §. 4. I. de curat. (1. 23.) l. 8. D. de tut. dat. (26. 5.) l. 1. §. 2. 3. D. de tut. (26. 1.) l. 10. §. 1. D. de legit. tut. (26. 4.) l. un. C. qui morbo se excus. (5. 67.) l. 3. C. qui dare tut. (5. 34.) — Gajus I. 180.

4) l. 40. pr. D. excus. (27. 1.)

5) l. 16. D. de auct. et cons. tut. (26. 8.) Ein Einäugiger ist dieses körperlichen Fehlers wegen gar nicht entschuldigt, l. 9. C. de excus. (5. 62.)

und Verstandesschwäche sind Grund (bis zur gänzlichen Heilung der Krankheit, falls sie heilbar ist), den zum Vormunde bestimmten Leidenden zur Führung der Geschäfte nicht zuzulassen. Ist er aber einmal dazu ernannt und giebt Hoffnung zur Genesung: so wird für die Zwischenzeit ein Curator angeordnet [1]); weil dann nach der Meinung der billigern Röm. Juristen, denen auch Justinian beitrat, fingirt werden sollte, die Ernennung eines solchen Entschuldigten sei unter der Bedingung geschehen, sofern er wieder zum vollen Gebrauche seines Verstandes komme [2]). — D) Den Wahnsinnigen sind erklärte Verschwender [3]) in der Unfähigkeit zur Führung der Vormundsgeschäfte gleich. Da sie selbst unter Curatel stehen, können sie nicht für Andre sorgen [4]). — E) Aber auch Personen, welche wegen körperlicher Schwäche ihre eigenen Geschäfte nicht versehen können (valetudinarii), sind ebenso zu betrachten [5]). Wenn ein solcher entfähigender Krankheitszustand während der Vormundschaft eintritt: so kann dem Kranken diese nicht gelassen werden oder er kann Abnahme derselben verlangen [6]); ist Hoffnung zur Genesung da, so muß ein Curator auf die Zwischenzeit bestellt werden [7]). — F) Wer, wenn er zum Tutor bestellt wird, in öffentlichen Angelegenheiten abwesend ist, kann die Geschäfte der Vormundschaft ebenfalls nicht verwalten. Wer in Angelegenheiten des Staats über See reisen muß, kann gänzliche Befreiung von allen Vormundschaften

1) l. 10. §. 8. l. 12. D. eod. (27. 1.)
2) l. 11. D. de tut. (26. 1.) l. 10. §. 3. D. de test. tut. (26. 1.) §. 2. I. qui test. tut. (1. 14.)
3) l. 12. §. 2. D. de tut. dat. (26. 5.)
4) l. 5. C. de legit. tut. (5. 30.)
5) §. 7. I. de excus. (1. 25.) l. 10. §. 8. l. 45. §. 4. D. eod. (27. 1.) l. un. C. qui morbo se excus. (5. 67.)
6) l. 11. l. 40. pr. D. de excus. (27. 1.)
7) l. 10. §. 8. D. eod.

in Anspruch nehmen, also auch von schon übernommenen. Es muß an seine Stelle nicht ein interimistischer Curator, sondern ein neuer Tutor gesetzt werden, weil der Erstere gar nicht mehr verpflichtet bleibt [1]). Außerdem wird derjenige, der in Staatsgeschäften (nicht über die See verreiset, sondern übrigens nur von seinem Wohnorte) abwesend ist, nur zu Uebernahme der ihm während dieser Abwesenheit angetragenen Vormundschaften für unfähig gehalten; jedoch, auf eingewandte Excusation, auch ein Jahr lang nach der Rückkunft damit verschont. Diese einfach Abwesenden müssen ferner Vormünder bleiben [2]), wenn sie es bei ihrer Abreise schon sind; es wird für sie ein Interimscurator ernannt, welchen sie nach ihrer Rückkunft wieder ablösen, ohne daß sie noch ein Befreiungsjahr nachher in Anspruch nehmen dürfen. Gehöriges Vorwenden ihrer Abwesenheit befreiet sie aber auf die Zeit derselben von der Gefahr, welche ein Vormund zu tragen hat; sofern sie jedoch über Erforderniß ausbleiben, oder sich nicht gehörig entschuldigen, tragen sie die Gefahr der betreffenden Zeiträume [3]). Es ist hier aber nicht von denen die Rede, welche in Geschäften einer Gemeinde oder Stadt abwesend sind; sondern rei publicae causa absentes heißen nur diejenigen, welche in Angelegenheiten der Staatsgewalt und also zum Besten des ganzen Staates vermöge öffentlichen Amtes oder Auftrags von ihrem Wohnorte abwesend zu seyn genöthigt sind [4]).

1) Cujac. comm. in lib. 5. respons. Papin. (Opp. postum. T. I.) ad l. 10. D. de excus.

2) l. 15. l. 16. D. de tut. dat. (26. 5.)

3) §. 2. I. de excus. (1. 25.) l. 11. §. 2. D. de minor. (4. 4.) l. 10. pr. §. 2. 3. D. de excus. (27. 1.) l. 1. C. si tut. v. cur. reipubl. (5. 64)

4) Cujac. l. c. Schweppe Rechtsgeschichte §. 240. a. E. v. Glück Pand. Bd. 31. S. 248. ff.

β. Excusation.

§. 741. a

Außer den bereits vorgetragenen Fällen, in denen ein hinzukommender Grund selbst von übernommener Tutel frei macht, haben diese ausgedehnte Wirkung auch: die Aufnahme in den Rath des Landesherrn und die Niederlassung an einem andern [1]) Wohnorte mit Erlaubniß des Regenten, welchem die Führung der Tutel bekannt war. Dem Röm. Rechte nach befreiet die Aufnahme in den Rath des Fürsten nur die darein aufgenommenen Rechtsgelehrten [2]). — Alle übrigen Excusationen gelten nur für die noch nicht übernommene Tutel [3]). Solche Entschuldigungen stehen nun zu: A) Jedem, welcher auf eine gewisse Anzahl seiner Kinder sich berufen kann. Bei den Römern war bestimmt: welcher Bewohner Roms drei, welcher Bewohner Italiens (außerhalb Roms) vier, und welcher Bewohner einer Provinz fünf schon geborne, noch nicht wieder gestorbene Kinder hat, (in die jedoch die im Kriege vor dem Feinde gebliebenen, als wenn sie noch lebten, mitgerechnet wurden), braucht eine ihm zufallende Tutel nicht zu übernehmen [4]). Da nun in Deutschland der ursprüngliche Unterschied zwischen Rom, Italien und den Provinzen nicht mehr anwendbar ist, jedes deutsche Land aber jetzt die Heimath der vor dem Gesetze im Allgemeinen gleichberechtigten Staatsbürger ist, auch zu einer Zurücksetzung einzelner Theile des Landes kein Grund sich findet:

1) l. 12. §. 1. D. de excusat. (27. 1.)

2) l. 30. pr. D. eod. l. 11. §. 2. D. de minor. (4. 4.)

3) §. 3. I. de excus. (1. 25.) l. 2. pr. D. eod. (27. 1.)

4) pr. I. eod. Höpfner, Comm. üb. d. Inst. §. 240. v. Glück a. a. O. S. 196—224.

so muß schon die Zahl von drei [1]) Kindern zur Befreiung von Vormundschaften hinreichen, sofern nicht Landesgesetze diese Excusation ganz aufgehoben haben. Es müssen die Kinder, mit denen man sich excusiren will, leibliche seyn; adoptive haben die Wirkung nicht; wohl aber leibliche, die man einem Andern in Adoption gegeben hat [2]). Auch die Enkel, welche Kinder eines verstorbenen Sohnes (nicht einer verstorbenen Tochter) sind, sollen für ein lebendes Kind dem Großvater angerechnet werden [3]). Daß die Kinder, auf die man sich beruft, schon geboren und legitim seyen, wird zur Bedingung gemacht [4]). — B) Personen, welche Geschäfte des Fiscus oder des Regenten besorgen, solange diese dauern, sind, wenn sie sich excusiren, befreiet [5]). Auch hier würde die Ausdehnung auf Verwalter des städtischen oder Gemeindevermögens fehlerhaft seyn; eine solche Verwaltung wird nicht einmal für eine einzige Tutel gerechnet [6]). C) Auch obrigkeitliche Personen brauchen keine Tutel zu übernehmen [7]), sofern sie irgend eine obrigkeitliche Gewalt auszuüben berechtiget sind, d. i. nicht bloß im Besitze einer Würde [8]) ohne Gewalt sich befinden. D) Excusiren können sich ferner die öffentlich angestellten Lehrer gewisser Wissenschaften und die öffentlich angestellten Aerzte [9]). Von den Lehrern sind nur befreiet

1) v. Bülow und Hagemann Erörterungen. Bd. 3. Nr. 3.

2) v. Glück a. a. O. S. 204. ff.

3) pr. I. de excus. (1. 25.) l. 2. §. 7. D. eod. (27. 1.)

4) l. 2. §. 6. D. eod. l. 1. C. qui numero liberor. (5. 66.)

5) §. 1. I. de excus. (1. 25.) l. 22. §. 1. D. eod. (27. 1.)

6) l. 15. §. 7. D. eod.

7) §. 3. I. eod. Die magistratus majores der Römer hatten nie zu Vormündern ernannt werden können, so lange sie im Amte waren, brauchten sich also auch nicht zu entschuldigen; wohl aber die minores, und diesen ist die excusatio beigelegt. v. Glück a. a. O. §. 1355. i.

8) l. 15. §. 2. D. eod.

9) l. 6. §. 1—12. D. eod.

die der Philosophie, Rhetorik [1]), Grammatik, Rechtswissenschaft und Medicin. Unter den Lehrern der Grammatik sind hier aber die Professoren der Literatur und Sprachwissenschaft zu verstehen, nicht die Lehrer der Grammatik in den Elementarschulen [2]). E) Die Excusation entlassener Soldaten nach zwanzigjähriger Dienstzeit [3]) dürfte jetzt in Deutschland nirgends praktisch seyn. F) Drei schon übernommene Vormundschaften befreien den sich deßhalb Excusirenden von Uebernahme einer vierten [4]). Diese drei Tutelen müssen jedoch noch einer wirklichen [5]) und jede von ihnen einer getrennten [6]) Verwaltung bedürfen, wenn sie excusiren sollen. Wenn eine der drei Tutelen Jemandes dadurch, daß der Pupill unter vormundschaftlicher Autorität von der väterlichen Erbschaft wegen deren Schulden abstinirt unbedeutend wird: so ist diese Tutel, sollte auch der Pflegbefohlne außerdem noch einiges Vermögen haben, nicht mehr mitzuzählen, und es kann dem Vormunde nun noch eine vierte aufgetragen werden [7]). Vormundschaften, welche der Vormund übernahm, ungeachtet er sich hätte entschuldigen können, oder nach deren Uebernahme und Führung er freiwillig strebte (affectatae), werden ebenfalls zu der befreien-

1) Auch unter den Sophistae der l. 6. §. 1. D. cit. sind Lehrer der Beredsamkeit zu verstehen. v. Glück a. a. O. S. 327. ff.

2) l. 1. §. 6. D. de extraord. cog. (50. 13.) l. 11. §. 4. D. de mun. et honor. (50. 4.) l. 2. §. 8. D. de vocat. et excus. mun. (50. 5.)

3) l. 8. pr. §. 1—3. D. de excus. (27. 1.)

4) §. 5. I. eod. (1. 25.)

5) Auch muß das Ende einer davon nicht sofort zu erwarten stehen. l. 2. §. 9. l. 17. D. eod.

6) l. 3. D. eod. Führt man die Vormundschaft über mehrere Geschwister, die ein noch unaetheiltes Vermögen haben: so ist dieß nur eine Vormundschaft, man mag bei allen Pflegbefohlnen Tutor, oder bei allen Curator, oder bei dem einen Tutor und bei dem andern Curator seyn. §. 5. I. eod. l. 15. §. 9. D. eod.

7) l. 18. fin. D. de tut. et ration. (27. 3.) l. 67. §. ult. D. de ritu nupt. (23. 2.) l. 31. §. 3. D. de excus. (27. 1.)

den Zahl jener drei nicht mitgerechnet. Aber auch ganz unbedeutende Tutelen kommen dabei nicht in Betracht; wogegen aber auch sogar eine einzige Vormundschaft dem sich Excusirenden Befreiung von neu zu übernehmenden schaffen soll, wenn dieselbe sehr bedeutend und lästig ist [1]). — Der Vater wird aber auch durch die mit seiner Bewilligung übernommenen [2]) Vormundschaften des noch in seiner Gewalt stehenden Sohnes, und der Hausfohn auch durch die seines Vaters excusirt; selbst der Bruder durch die des Bruders, wenn beide noch in väterlicher Gewalt vereinigt sind; denn es sollen nicht mehr als drei Vormundschaften [3]) in einem Hause seyn. — G) Entschuldigung dürfen auch diejenigen gebrauchen, welche das 70te Jahr ihres Alters zurückgelegt haben [4]). Die Berechnung des vollendeten siebenzigsten Jahres ist an dem Tage zu machen, an welchem dem zum Vormunde Ernannten die Frist zur Excusation ablaufen würde. Denn erreicht er erst später dieß Alter, so kann er sich damit nicht mehr entschuldigen. Indessen pflegt jetzt in zweifelhaften Fällen das richterliche Ermessen von Amts wegen zu entscheiden, ob ein über das siebenzigste Jahr noch nicht Vorgeschrittener dennoch wegen Altersschwäche zur Führung der Geschäfte unfähig sey. — H) Armuth excusirt von angetragener (und unter dringenden Umständen selbst von schon übernommener) Vormund-

1) l. 17. pr. l. 31. §. 4. D. eod.

2) l. 7. D. de tut. (26. 1.)

3) l. 5. D. de excus. (27. 1.)

4) l. 2. pr. D. eod. Im neuern Röm. Rechte nach l. 3. C. qui aetate vel professione se exc. (10. 49) schon das vollendete 55ste Jahr als befreiend annehmen zu wollen, ist irrig. Thibaut über die senectus, im Archiv für civ. Praxis. Bd. 8. S. 74. ff. vorz. S. 85—89. Zimmern Gesch. des Röm. Privatr. Thl. 1. S. 436. Not. 32. In l. 3. C. cit. ist statt „majores LV annis“ zu lesen: majores LXX ann. Cujac. Comm. ad tres postrem. libr. Cod., ad l. 3. cit. (10. 49.)

schaft, wenn der Tutor so arm ist, daß er von seiner Arbeit leben muß, mithin den Geschäften der Vormundschaft die erforderliche Zeit ohne eigene Aufopferung nicht widmen kann [1]). — I) Jeder, welcher an einem andern, als an seinem Wohnorte, zum Tutor bestellt ist, darf sich excusiren [2]); desgleichen, wem eine Vormundschaft aufgetragen ist, in der er mehr als 100 Röm. Meilen entfernte Güter verwalten soll [3]), über welche Entfernung jetzt das Ermessen des Richters entscheiden muß. Es ist dabei als Grundsatz anzunehmen, daß dem Vormunde die Last der Tutel nicht zu schwer werden dürfe. — K) Oeffentlich unbekannte und unversöhnt gebliebene [4]) Feindschaft des Vormundes mit dem Vater des Pupillen kann als Excusation gebraucht werden; falls jedoch die Ernennung im Testamente nach entstandener Feindschaft geschah, soll der Ernannte diesem ersten Schritte zur Versöhnung ebenfalls entgegenkommen, er müßte denn beweisen können, daß der Testator aus Chicane ihn zum Vormunde ernannt habe [5]). — Entschuldigung wegen Geschäftsunkunde [6]) wird vom Gerichte beurtheilt und, wenn sie wahr gefunden wird, nach dem Bedürfnisse der Geschäfte der Vormundschaft als Excusation angenommen oder verworfen werden müssen. Bloße Unkunde im Lesen und Schreiben [7]) entschuldigt nach gemeinem Rechte nicht immer, wird aber bei der jetzigen Art der Rechnungsablage gegenwärtig meistens ein vollgültiger Befreiungsgrund seyn. — Ueber die Anwendung und

1) §. 6. I. de excus. (1. 25.) l. 7. l. 40. §. 1. D. eod. (27. 1.)
2) l. 46. §. 2. D. eod.
3) l. 21. §. 2. 3. D. eod.
4) §. 11. I. eod. (1. 25.)
5) l. 6. §. 17. D. eod. (27. 1.)
6) l. 3. §. 18. D. de suspect. (26. 10.)
7) §. 8. I. de excus. (1. 25.) l. 6. §. ult. D. eod. (27. 1.) v. Glück Pand. Bd. 29. S. 114 ff. Vulteji disc. schol. c. 7.

Folge der Excusation [1]) ist endlich noch zu bemerken: a) Ist der Entschuldigungsgrund vom Stande des Vormundes hergenommen: so kann er nicht gegen Kinder von Mitgenossen desselben Standes gebraucht werden [2]). b) Jede Excusation [3]) muß innerhalb 50 Tage [4]), — angerechnet von dem Augenblicke an, in welchem der Tutor Kenntniß von seiner Berufung [5]) bekommt, — bei der Obervormundschaft vorgebracht und demnächst, wenn sich diese dabei nicht beruhiget, gehörig erwiesen werden. c) Erklärt das Gericht die Excusation für wahr und genügend, so ist der Vormund für den Schaden der Zwischenzeit nicht verantwortlich; im umgekehrten Falle haftet er dafür als Tutor [6]). Befreiet er sich durch erdichtete Excusationen, und wird deßwegen ein andrer Tutor angestellt, die Erdichtung aber nachmals entdeckt: so haftet Jener für den ganzen Schaden, den diese Handlung dem Pupillen zugefügt hat [7]).

γ. Nominatio potioris.

§. 741. b

Eine eigene Art der Losmachung von einer persönlichen Amtspflicht bestand nach Röm. Rechte in dem Vorschlage eines Tüchtigern [8]). Diese war auch bei der Tutel zulässig [9]); doch mußte sich der Tutor so lange der vor-

1) Vgl. §. 740.

2) l. 8. pr. l. 41. §. 3. D. eod.

3) Die Obrigkeit muß übrigens bei jedem Verfahren über Excusationen für einen Interimstutor sorgen. l. 2. D. de tut. dat. (26. 5.)

4) l. 13. §. 1. 2. 9. D. de excus. (27. 1.) Bei einer Entfernung über 100 Meilen wird, für jede 20 Meilen mehr, ein Tag zugerechnet, §. 16. I. eod. l. 6. C. eod. (5. 62.)

5) l. 45. §. 1. D. eod.

6) l. 39. §. 6. D. de admin. tut. (26. 7.) l. 15. C. de excus. (5. 62.)

7) l. 1. l. 3. C. si tutor. fals. alleg. (5. 63.)

8) l. un. C. de potior. ad mun. nom. (10. 65.)

9) Pauli rec. sent. II, 28.; l. 2. D. de fidej. tut. (27. 7.)

mundschaftlichen Geschäfte unterziehen, bis er seines Amts von Seiten der Obrigkeit überhoben war [1]). In Deutschland ist diese Art, sich der Last der Vormundschaft zu entziehen, nicht gebräuchlich.

δ. Absetzung.

§. 741. c

Zuletzt gehört hierher die Absetzung (remotio), wenn der Tutor seine Pflichten [2]) gegen den Pupillen böslich verletzt (suspectus); doch kann er schon wegen culpa lata als quasi suspectus [3]) abgesetzt, und selbst wegen Beweise seiner gänzlichen Ungeschicktheit von der Tutel [4]) entfernt werden. Aber ein geringes Versehen [5]) berechtiget die Obervormundschaft nicht dazu; ob es gering sei, ist nach dem Vermögen des Pupillen zu beurtheilen. — Vor unternommener Verwaltung kann der Tutor, als quasi suspectus, schon removirt werden [6]); eigentliche Absetzung erfolgt erst nach dem Beginne der Administration. Den gesetzlichen Tutor entfernt man jedoch gewöhnlich nur von der Verwaltung, läßt ihn aber dem Namen nach als Vormund bestehen und giebt ihm einen administrirenden Curator bei [7]); und dasselbe Verfahren pflegt man auch bei

1) l. 12. C. qui dare tut. (5. 34.)

2) §. 5. I. de susp. tut. (1. 26.) l. 19. D. de adm. et per. tut. (26. 7.) l. 3. §. 8. l. 5. l. 6. l. 8. D. de suspect. tut. (26. 10.) Die Verletzung der Pflichten kommt am meisten in der Verwaltung selbst vor; aber auch schon vorher, z. B. mittelst hartnäckiger Weigerung gegen die Annahme der Vormundschaft.

3) l. 7. §. 1. D. eod. (26. 10.)

4) l. 3. §. 18. D. eod.

5) Noodt, Prob. lib. 1. c. 13. et comm. ad P. lib. 26. tit. 10. Struben R. Bed. I. Bd. 85. Bed. (Spangenberg's Ausg. Thl. 1. S. 122. 123.) A. M. ist Höpfner, Comm. üb. d. Inst. §. 249. und v. Weninge-Ingenheim Civilr. 3te Aufl. B. IV. S. 125. 126.

6) §. 5. I. eod.

7) l. 9. D. eod. Brenkman de eurematicis. c. 5.

andern Tutoren eintreten zu lassen, sofern sie sich nicht eines dolus schuldig [1]) gemacht haben. Das Versprechen der Besserung oder das Anerbieten einer Cautionsbestellung kann die Absetzung nicht hintertreiben [2]). — Ueber die Remotion kann ein besonderes Verfahren vor der Obervormundschaft eintreten, welche schließlich darüber zu verfügen hat [3]). Nach Röm. Rechte wurde als Veranlassung dieses Verfahrens meistens eine gegen den Tutor auf dessen Absetzung angebrachte Klage [4]) abgewartet (crimen s. postulatio suspecti). Zu dieser ist Jedermann berechtiget [5]) und der Contutor gegen den Tutor selbst verpflichtet [6]); doch konnte die Obrigkeit auch von Amts wegen [7]) verfahren, was bei uns gewöhnlich der Fall und durch das Princip jährlicher Rechnungsablegung sehr viel leichter veranlaßt ist, als bei den Römern. — Während der Untersuchung gegen den verdächtig scheinenden Tutor ist seine Verwaltung einstweilen zu unterbrechen und ein interimistischer Curator [8]) zu bestellen; sollte dieser aber auch nicht ernannt seyn, so darf jenem doch Niemand, der von der Untersuchung Nachricht erhalten hat, Zahlung leisten, d. i. wenn er zahlt, wird er nicht liberirt [9]). — Sollte während der Untersuchung ein andrer Erlöschungsgrund die Tutel aufheben: so hört auch die Untersuchung in privatrechtlicher Beziehung auf [10]).

1) §. 5. I. de curat. (1. 23.)
2) §. 12. I. de susp. (1. 26.) Denn es ist vorzüglich auf Charakter und Betragen des Vormundes, weniger auf sein Vermögen zu sehen, §. 5. 13. I. eod. l. 5. C. eod. (5. 43.)
3) §. 1. I. eod.
4) pr. I. eod. Brissonius de V. S. v. crimen.
5) §. 3. I. eod.
6) l. 3. §. 2. D. de adm. tut. (26. 7.)
7) l. 3. §. 4. D. de suspect. tut. (26. 10.)
8) §. 7. I. eod.
9) l. 14. §. 1. D. de solut. (46. 3.)
10) §. 8. I. de susp. (1. 26.)

b. Bei der testamentarischen Tutel insbesondere.

§. 742.

Es hat schon oben im Zusammenhange erwähnt werden müssen, daß der im Testamente ernannte Tutor noch drei andre Excusationen hat: a) wenn die Bedingung nicht eingetreten ist, von welcher die Wirksamkeit seiner Ernennung abhängig gemacht ist; b) wenn ein noch nicht eingetretener Anfangstermin den Anfang seiner Tutel aufhält; c) wenn die Antretung der Erbschaft noch nicht geschehen ist und dadurch das Bestehen des ernennenden Testamentes noch zweifelhaft bleibt. In allen diesen Fällen muß, wie ebenfalls schon erklärt worden, ein interimistischer tutor dativus gegeben werden [1]).

II. Von der Curatel.

A. Allgemeine Grundsätze.

§. 743.

Neben der Tutel entstand bei den Römern ein in seiner Ausdehnung neueres Institut der Bevormundung (curatela, cura, curatio), von dem curator furiosi und dem curator prodigi cui bonis interdictum est des Zwölftafelgesetzes ausgehend und dann durch Sitte und prätorische Ausbildung weiter vervollkommnet [2]). — Cura ist dasjenige vormundschaftliche Verhältniß, welches nicht Tutel ist. Der Curatelen giebt es mehrere im Röm. R., die Tutel ist nur eine. Auch beschränkt sich Curatel oft bloß auf das Vermögen, ohne alle Beziehung auf die Per-

1) Gajus I. 186.

2) Zimmern Gesch. des R. Privatr. Thl. 1. §. 236—238.

son eines Pflegbefohlnen (curatela realis, cura bonorum) im Gegensatz der curatela mixta und der cura personâ [1]). Die Cura ist ohne potestas und als bloße Procuratur zu betrachten, welche durch Hülfsbedürftigkeit herbeigeführt und als Bürgerpflicht unter öffentlicher Autorität begründet wird. In Rücksicht der Delation unterscheidet sich die Cura von der Tutel in einigen Puncten. Eine testamentarische Anordnung der Curatel findet eigentlich gar nicht Statt, denn nur einen Tutor kann der Testator ernennen [2]). Wenn jedoch Vater oder Mutter in ihrem Testamente einen Curator für ihr Kind bestellen: so soll die Obervormundschaft ihn confirmiren [3]). Auch ist der Fall ausgenommen, daß Jemand einen filius familias im letzten Willen bedenkt und dem Vater desselben die Administration des Nachlasses entziehet; dieser Testator kann einen Curator für den Bedachten ernennen [4]). — Eine legitima cura war schon in den 12 Tafeln für den furiosus und den prodigus cui bonis interdictum est erwähnt. Die nächsten Verwandten haben des Wahnsinnigen oder des erklärten Verschwenders, auch wenn er mündig oder selbst großjährig ist, sich anzunehmen und für ihn die Curatel zu führen; wiewohl im neuesten Röm. Rechte die Obervormundschaft in der Regel den Vormund solcher Personen ernennt [5]). Nach den deutschen Reichs-

1) l. 19. §. 1. — l. 22. pr. D. de rebus auct. jud. (42. 5.)

2) l. 6. C. de negot. gest. (2. 19.) l. 7. C. de testam. tut. (5. 28.) „Curatorem inutiliter in testamento dari, non ambigitur.“

3) §. 1. I. de curator. (1. 23.) l. 1. §. 3. l. 2. §. 1. D. de confirm. tut. vel cur. (26. 3.) l. 16. pr. §. 1. D. de curatoribus furioso et al. (27 10.) — „eum praetor dare debet secundum voluntatem patris; manet ea datio curatoris apud praetorem.“

4) Nov. 117. c. 1. §. 1. Vgl. oben §. 653.

5) l. 3. I. de curat. (1. 23.) l. 1. pr. l. 13. pr. D. de curat.

gesetzen tritt aber auch bei den Minderjährigen über-haupt eine legitima cura ein [1]), denn die betreffende Stelle redet ganz allgemein. Alle übrige persönliche Cura ist dativ, und die Obervormundschaft hat dabei in der Regel bloß nach ihrem Ermessen die Wahl zu treffen, nur dann ist sie vorzugsweise an den Sohn gewiesen, wenn dessen Aeltern wegen Krankheit oder Wahnsinns eines Curators bedürfen [2]). Auch muß die Obervormundschaft, wenn der regelmäßige Vormund durch die Umstände verhindert wird, eine Zeitlang alle oder einige Geschäfte der Verwaltung zu besorgen, nach dessen Vorschlag einen Interimscurator ernennen. Der Hauptvormund muß dann aber für seinen Vorgeschlagenen haften [3]). — Die bloß auf's Vermögen [4]) sich beziehende Curatel in den fünf Fällen: a) der bonorum possessio ventris nomine, b) der bonorum possessio ex Carboniano edicto, c) der Vormundschaft für das Vermögen Abwesender, d) der cura hereditatis jacentis und e) der cura bonorum im Con-

furios. (27. 10.) l. 5. C. de curat. fur. (5. 70.) verglichen mit l. 7. §. 6. C. ibidem.

1) R.-P.-O. v. 1577. Tit. 32. §. 1. a. E. — „und zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern, jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da (d. i. sofern) die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen, mit verordnet, oder ihre angeborne Freund und Verwandten sich der Vormundschaft, aus rechtmäßigen Ursachen nicht unterziehen wollten, oder darzu untüchtig und ungeschickt wären, gegeben werden." Vgl. Eichhorn deutsch. Privatr. 3te Aufl. §. 321.

2) Wogegen, wenn die Aeltern für prodigi erklärt worden sind, nicht der Sohn zum Curator genommen werden soll. l. 1. §. 1. l. 2. l. 4. D. de curat fur. (27. 10) l. 12. §. 1. D. de tut. v. cur. dat. (26. 5.)

3) l. 13. §. 1. D. de tut. (26. 1.) §. 6. I. de curat. (1. 23.) Wenngleich der Satz „quem velit actorem" in dieser Institutionenstelle sowohl das Subject tutor, als praetor zuläßt: so sind doch die Worte in Theophil. Paraphr. ibid.: *δύναται ὁ ἐπίτροπος οἰκείῳ κινδύνῳ ἄκτωρα προβάλλεσθαι παρὰ τῷ πραίτωρι* — deutlich für den im Texte behaupteten Sinn.

4) S. unten §. 747.

curse, — ist bloß dativ [1]). Nur ist noch zu bemerken, daß bei der cura bonorum ventris nomine die Obervormundschaft vorzugsweise des zu erwartenden Kindes nächsten Verwandten oder künftigen Tutor zum Curator nehmen soll, oder einen der Freunde des Vaters [2]). — Mit Ausnahme der Curatel über Pupillen (sofern sie eines Curators bedürfen) und über Rasende und den Ungebornen fällt die Verbindlichkeit zur Erbittung [3]) eines Curators weg. — Im Uebrigen folgt die Curatel den Grundsätzen der Tutel, namentlich auch in Rücksicht der Fähigkeit zur Curatel, der Uebernehmung des Amtes und der dabei zu beobachtenden Pflichten, der Excusation von der Curatel, und der Absetzung der Curatoren (die ebenso wie die der Tutoren nicht nach Willkür der Obrigkeit, sondern bloß wegen Pflichtversäumung erfolgen kann). Nur in Rücksicht der Fähigkeit zur Curatel ist noch hervorzuheben, daß nach Röm. Rechte der Ehemann nicht der Curator der Frau, und der Bräutigam nicht der der Braut seyn soll [4]); so wie in Rücksicht der Excusationen, daß die bis zum Ende der Unmündigkeit geführte Tutel den bisherigen Tutor gegen Uebernahme der Curatel für denselben minor entschuldigt [5]).

1) l. 3. l. 8. D. de curat. fur. (27. 10.) l. 6. fin. D. quib. ex caus. in poss. eatur. (42. 4.) l. 2. pr. D. de cur bon. dando (42. 10.) Namentlich auch bei der cura absentis ist an keine cura legitima als Ueberlassung einer anticipirten Succession zu denken; vielmehr nennt l. 3. C. de postliminio revers. (8. 51.) einen Dativcurator.

2) l. 1. §. 23. D. de ventre in poss. mitt. (37. 9.). Die hierin erwähnten Gläubiger müssen jetzt nach Bestimmung der Nov. 72. c. 1. (vgl. §. 733.) wegfallen.

3) l. 1. l. 4. §. 2. D. qui pet. tut. (26. 6.) l. 2. §. 28—32. D. ad S. C. Tertull. (38. 17.)

4) l. 1. §. 5. D. de exclus. (27. 1.) l. 2. C. qui dare tut. (5. 34.)

5) §. 18. I. de excus. (1. 25.) l. 20. C. eod. (5. 62.)

B. Einzelne Arten.

1. Mit dem Verwaltungsrechte [1]:

a. Cura pupilli.

§. 744.

Einige Curatelen sollen bloß zur Erhaltung der Masse und zu deren gehöriger Ablieferung dienen (s. §. 747.); andere haben aber auch die Verwaltung des Vermögens, ganz wie der Tutor das des Pupillen verwalten soll. Zu diesen gehört zuerst die Curatel über den Unmündigen selbst. Sie tritt nur ausnahmsweise [2]) und dann ein, wenn besondre Umstände die Sorge eines Tutors oder des Vaters für das Kind hemmen. Außer dem im §. 748. berührten Falle kommt dieß vor: a) wenn gar kein testamentarius oder legitimus tutor vorhanden ist, und die Obrigkeit einen Curator statt eines dativen Tutors vorziehet [3]). Wann dem Pupillen in solchen Fällen lieber ein Curator als ein Tutor zu geben sey, hängt von dem richterlichen Ermessen ab, welches allerdings davon unter andern bestimmt werden kann, daß der Tutor eine potestas über den Unmündigen hat, der Curator nicht, und daß der Tutor wesentlich für die Person, der Curator eigentlich für das Vermögen gegeben wird [4]). Aber in Fällen, in denen die Unvollständigkeit der auftretenden Person deren rechtliche

1) l. 48. D. de adm. tut. (26. 7.) Hermogenianus: „Inter bonorum ventrisque curatorem, et inter curatorem furiosi, itemque prodigi, pupillive, magna est differentia; quippe cum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia, et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur.“

2) Denn in der Regel sollen Pupillen einen Tutor haben. l. 11. D. de tut. dat. (26. 5.)

3) l. 9. §. 9. l. 32. pr. D. de adm. tut. (26. 7.)

4) Vgl. v. Glück Pand. Bd. 29. S. 125—153.

Handlung unwirksam machen würde, muß ein Tutor bestellt werden, weil dieser durch seine auctoritas, den Pupillen wirklich vertretend, handelt, während der Curator durch seinen consensus bloß ergänzt, was ein minor schon allein handelnd nicht ungültig verrichten würde [1]). b) Ferner ist ein curator pupilli zu bestellen, wenn dessen Tutor einstweilen gehindert ist und doch kein hinlänglicher Grund vorhanden zu seyn scheint, ihn abgehen zu lassen und an seine Stelle einen andern Tutor zu ernennen. Es geschieht dieß theils, wenn der gesetzliche Tutor zur Verwaltung untüchtig ist; theils wenn der testamentarische oder gesetzliche untüchtige sich doch keiner zur Absetzung veranlassenden Handlung (des Betrugs) schuldig gemacht hat; theils wenn der Tutor nicht auf immer, aber doch eine Zeitlang excusirt ist [2]). Außerdem muß es auch geschehen, wenn der Tutor wegen des Anwachsens der Geschäfte diese nicht mehr allein besorgen kann oder doch dadurch äußerst beschwert werden würde [3]); ferner wenn ein Rechtsanspruch zwischen Tutor und Pupillen selbst auszumachen oder ein Geschäft unter ihnen abzuschließen ist [4]). Einen Curator neben einem Tutor zu bestellen, ist immer weniger bedenklich, als diesen durch einen andern Tutor zu ersetzen [5]), sey es für immer oder auf einige Zeit; und

1) l. 19. D. de auct. et cons. tut. (26. 8.) Paulus: „curatorem etiam impuberi dari posse; sed ad ea quae solemnitatem juris desiderant, explicanda, tutore auctore opus est", l. 17. §. 1. D. de appell. et rel. (49. 1.) Schweppe, jur. Mag. I. 8

2) §. 5. I. de curat. (1. 23); wohin auch gehört, daß über eine vorgeschützte Excusation eine gerichtliche Untersuchung und Entscheidung eintritt. l. 17. §. 1. D. de appell. et relat. (49. 1.)

3) l. 9. §. 9. l. 39. §. 7. D. de adm. et peric. tut. (26. 7.) l. 3. l. 5. C. in quib. cas. tut. v. cur. habenti tut. v. curat. dari potest (5. 36.) l. 11. C. de excus. (5. 62.)

4) §. 3. I. de auct. tut. (1. 21.) Nov. 72 c. 2.

5) §. 5. I. de curat. (1. 23.)

jenes geschieht dann ausschließlich, wenn der excusirte Tutor das nomen tutoris behalten [1]), oder der removirte geschont werden soll [2]).

b. Cura minoris.

§. 745.

Die Cura für den Minderjährigen wegen dieser Minderjährigkeit war bei den Römern [3]) keineswegs allgemeine Regel, noch für jeden Minderjährigen nothwendig; ja es kam eigentlich auf den Willen desselben an, ob er sich einen Curator erbitten wollte [4]). Aber auch wider seinen Wunsch mußte der Minor einen Vormund annehmen, wenn er einen Proceß führen, insbesondre, wenn er mittelst eines Processes mit dem Tutor über die Rechnungsablage aufs Reine kommen, oder von einem Schuldner Zahlung annehmen wollte [5]). — Der einmal erbetene Curator blieb auch schon nach Röm. Rechte bis zur Erreichung der Volljährigkeit [6]), ohne daß die Heirath des Curanden oder der Curandin die Vormundschaft endigte. Ue-

Theophilus, paraph. ibid. Die Ansicht, daß dem tutorem habenti durchaus nur ein Curator gesetzt werden könnte, nicht ein Tutor, ist falsch, s. v. Löhr Magaz. III, 13. Schweppe's Rechtsgesch. §. 431. a. Glück Pand. a. a. O.

1) l. 13. pr. D. de tut. (26. 1.)

2) l. 3. §. 18. l. 9. D. de susp. tut. (26. 10.)

3) pr. § 2. I. de curat. (1. 23.) l. 13. §. 2. D. de tut. dat. (26. 5.) l. 2. §. 4. 5. D. qui pet. tut. (26. 6.)

4) Wenigstens ein beständiger Curator wurde nur auf des Minor Gesuch gegeben. §. 2. I. cit. Weber v. d. nat. Verbindlichk. §. 72. Not. 3.

5) §. 2. I. cit. — „inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem. — l. 7. §. 2. D. de minor. (4. 4.) l. 1. l. 7. C. qui pet. tut. (5. 31.) Zum Zwecke der Abnahme seiner Rechnungen sollte der Tutor auch sorgen, daß eine Cura für den Minor angeordnet würde. l. 5. §. 5. D. de adm. tut. (26. 7.)

6) l. 1. §. 3. D. de minor. (4. 4.)

ber die Person hatte der Curator keine Gewalt [1]). — Nach den deutschen [2]) Reichsgesetzen soll, auch wider seinen Willen, jeder Minderjährige, welcher nicht in väterlicher Gewalt stehet, einen Vormund haben; eine Vorschrift, welche in vielen deutschen Ländern nur sehr unregelmäßig beobachtet ist. Sehr gewöhnlich ist, daß wenigstens, wenn ein Tutor bestellt ist, dieser sein vormundschaftliches Amt, als Curator fortsetzt, ohne daß er in der Behandlungsart des Pflegbefohlnen [3]) eine andere Verschiedenheit eintreten läßt, als der sich entwickelnde Verstand des Curanden etwa veranlassen oder erfordern mag [4]). Diese Gewohnheit hat manche Juristen veranlaßt, den Unterschied zwischen Tutel und Curatel in Deutschland nicht mehr gelten lassen zu wollen; allein wenn auch factisch fast gar kein Unterschied zu bleiben pflegt, so besteht er doch dem Rechte nach. Die Reichsgesetze selbst erkennen ihn noch an [5]), und die Excusation für den Tutor, wegen geführter Tutel von Uebernahme der Curatel befreiet zu werden, ist nicht aufgehoben [6]). — Durch Volljährigkeitserklärung endigt die Curatel über den Minor, wie durch wirkliche Erreichung des Alters (vgl. §. 64. Thl. 1. S. 155 ff.).

c. Curatel über Wahnsinnige, Verschwender, Gebrechliche.

§. 746.

Fehlt Jemanden der Gebrauch der Vernunft ganz

1) l. 20. D. de ritu nupt. (23. 2.). l. 8. C. de nuptiis (5. 4.)

2) R.=P.=O. v. 1548. Tit. 31. §. 1. R.=P.=O. v. 1577. Tit. 32. §. 1.

3) Auch in Rücksicht seiner Person, nicht bloß des Vermögens.

4) Eichhorn deutsch. Privatr. 3te Aufl. §. 318 ff.

5) Vgl. Note 2 und Pufendorf. T. 1. observ. 48.

6) Pufendorf. T. 2. obs. 12. A. M. Höpfner Comm. üb. d. Inst. §. 246. Die Praxis scheint der höpfner'schen Meinung gefolgt zu seyn. Eichhorn a. a. O. §. 319. Note d.

oder zum Theil oder zu Zeiten, und er steht weder unter väterlicher Gewalt, noch unter der Vormundschaft wegen Minderjährigkeit [1]): so soll eine cura furiosi über ihn angeordnet [2]) werden. Die über Rasende war eigentlich eine legitima (s. §. 743.) der Agnaten [3]), während die der Blödsinnigen eine dativa war. Doch vereinigte dieß der Röm. Gerichtsgebrauch dahin, daß der Prätor den Curator gab, dabei aber die nächsten Verwandten selten überging [4]). Diese Curatel macht stets eine vorgängige, sorgfältige, auf das Gutachten von zwei unparteiischen und verpflichteten Aerzten sich stützende Untersuchung nothwendig, damit das Gericht sich von dem Gemüthszustande des angeblich Rasenden oder Blödsinnigen überzeuge. Insbesondre muß es das Augenmerk der Obervormundschaft seyn, sich zu vergewissern, daß die, gemeiniglich von den nächsten Verwandten des vorgeblich Verstandeslosen oder Irrsinnigen, gemachte Anzeige dieses Zustandes nicht etwa zu dem Zwecke gemacht sey, um ihm eine Cura furiosi deßwegen zu verschaffen, damit derselbe zugleich seine rechtliche Dispositionsfähigkeit verliere, bei welcher sie benachtheiliget zu werden fürchten mögen. Uebrigens ist nicht nöthig, daß die Obervormundschaft die Anzeige des Wahnsinnes von Seiten der Verwandten der unter Vormundschaft zu setzenden Person, oder von Seiten der Polizei abwarte; es reicht hin, daß die competente Gerichtsbehörde auf irgend eine Weise zur überzeugenden Kenntniß von

1) l. 3. pr. §. 1. D. de tut. (26. 1.)

2) l. 1. pr. D. de curat. fur. (27. 10.) v. Berg, jur. Beob. und Rechtsf. Bd. 3. Nr. 19. — §. 3. 4. I. de curat. (1. 23.) l. 1. l. 3. l. 5. C. de cur. fur. (5. 70)

3) Ulpian. fragm. tit. 12. §. 1. 2. — §. 3. I. de curat. (1. 23.) l. 1. pr. D. de curat. fur. (27. 10.) Donell. comm. j. civ. III. 19.

4) l. 1. pr. l. 13. D. de curat. furios. (27. 10.)

Thatsachen gekommen ist, auf welche dann nach gehöriger Untersuchung eine förmliche Wahnsinns- oder Blödsinnserklärung folgen muß, an die sich die Einsetzung einer Curatel anschließt [1]). — Die Cura furiosi ist jedoch nicht nöthig, wenn der Wahnsinnige oder Verstandesschwache ohnehin noch in der Cura minoris stehet [2]); denn diese begreift auch die Sorge für den furiosus minor. Wird dieser volljährig, so hört die Cura minoris auf und die Cura furiosi wird besonders angeordnet, nachdem alsdann der Gemüthszustand der großjährig gewordenen Person untersucht ist. — Der Sohn kann die Cura furiosi über den Vater führen [3]). — Hat ein Wahnsinniger lichte Zwischenräume, so ist zwar das Amt des Curators suspendirt, nimmt aber nach deren Verschwinden ohne neue Bestellung seinen Fortgang [4]). Ihrem Zwecke nach befaßt es wesentlich auch die Sorge für die Person des Curanden. — Die Curatel für den erklärten Verschwender [5]) hat mit der über den Wahnsinnigen große Aehnlichkeit [6]), erstreckt sich aber nicht über die Güter hinaus. Sie setzt immer voraus, daß der Curande gerichtlich für einen Verschwender [7]) erklärt und ihm die Verwaltung seines Vermögens genommen ist (bonis interdictum est). Es kann aber nicht jeder schlechte Haushälter, jeder Spieler, Trinker, sogleich für

1) Lotz civilist. Abhandlungen. S. 217 ff.

2) l. 3. §. 1. D. de tut. (26. 1) l. 1. C. de cur. fur. (5. 70.)

3) l. 1. §. 1. D. de cur. fur. (27. 10.)

4) l. 6. C. eod. (5. 70.)

5) §. 3. I. de curat. (1. 23) l. 1. pr. D. de curat. fur. (27. 10.)

6) Daß der Sohn sie nicht über den Vater führen kann, s. S. 309. Note 2.

7) l. 1. pr. D. cit. In der l. 12. §. 2. D. de tut. dat. (26. 5.) wird der Verschwender mit dem Wahnsinnigen verglichen. Leyser de prodigis, in medit. ad Pand. Vol. 5. spec. 349. S. 573 ff. F. C. Gesterding, cura prodigi in dessen Ausbeute v. Nachforschungen üb. versch. Rechtsm. 1. Thl. Nr. 2. S. 47 ff.

einen Verschwender erklärt und unter Curatel gesetzt werden [1]); sondern es gehört dazu ein Grad von Verschwendung, welcher die Verarmung mit der größten Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt. — Die Curatel über Gebrechliche, z. B. Taube, Stumme, Blinde, Gelähmte oder beständig Kranke, wird dadurch nöthig gemacht, daß diese Personen nicht im Stande sind ihre eigenen Geschäfte [2]) zu versehen. Sie pflegt nur auf Antrag von Verwandten oder Freunden, oder auch von den Pflegbedürftigen selbst, angeordnet zu werden [3]). Auch ist sie nur auf das eigentliche Bedürfniß der Hülfe für den Curanden beschränkt; was dieser selbst besorgen kann und will, darin ist er nicht an den Curator gebunden. Indessen richtet sich dieß um so mehr nach den Umständen, als z. B. Taubstummenheit nicht selten in Verstandesschwäche übergehet; wobei also dem Ermessen der Obrigkeit die genauern Bestimmungen im einzelnen Falle vorbehalten sind [4]). — Ueberhaupt soll die Obrigkeit nicht unnöthiger Weise [5]) eine Curatel für angeblich Wahnsinnige, Verschwender oder Gebrechliche bestellen.

2. Ohne Verwaltungsrecht [6]).

§. 747.

Ohne eigentliche Verwaltungsrechte, bloß zur Erhaltung, gehörigen Ablieferung und unter dringenden Umstän-

1) Vgl. §. 66. Thl. 1. S. 158 ff. v. Glück Pand. Bd. 33. S. 181 ff.

2) §. 4. I. de cur. (1. 23.) l. 12. pr. D. de tut. dat. (26. 5.) l. 2. D. de cur. fur. (27. 10.)

3) Donell. comm. jur. civ. lib. 3. c. 18. §. 14—18.

4) l. 2. D. cit.

5) l. 6. D. eod. — „ne cui temere citra causae cognitionem plenissimam curatorem det.“

6) Donellus, comm. jur. civ. lib. 3. c. 2.

den zum Verkauf [1]) der Güter werden Curatoren dann bestellt, wenn Vermögensmassen bewahrt und repräsentirt werden müssen, deren Eigenthümer nicht anwesend, ungewiß oder eine Collectivperson ist. Es entsteht dann eine bloße **cura bonorum**, welche auf die Person des Eigenthümers ihre Sorge nicht zu erstrecken hat und zu den öffentlichen Bürgerämtern [2]) gezählt wird. Es gehört dahin: a) die Curatel über das Vermögen eines Abwesenden, sofern für dessen Verwaltung nicht schon anderweitig gesorgt ist [3]). Das Röm. Recht bestimmt, daß, wenn Jemand längere Zeit abwesend ist, die nächsten Interessenten, welche sein Vermögen erhalten zu sehen wünschen, auf Bestellung eines Curators für dasselbe anzutragen berechtigt seyen [4]). Es wird dabei stets vorausgesetzt, daß man ungewiß ist, ob der Abwesende noch lebe, und daß derselbe Bevollmächtigte für die Verwaltung seines Vermögens nicht zurückgelassen hat. Das deutsche Recht hat über Verschollene und deren Todeserklärung besondre Grundsätze eingeführt [5]). — b) Die **cura hereditatis jacentis** [6]). Der Curator repräsentirt dabei die Person der rechten Erben, welche noch unbekannt oder ungewiß [7]) sind. Melden sich Erbprätendenten: so hat er gegen diese bis zu deren rechtsgültiger Legitimation die Ansprüche der unbekannten rech-

1) l. 48. D. de adm. tut. (26. 7.)

2) l. 1. §. 4. D. de muner. (50. 4.)

3) l. 1. §. 4. D. cit. l. 22. §. 1. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.) l. 3. C. de postlim. revers. (8. 51.)

4) l. 15. pr. D. ex quib. caus. maj. (4. 6.). l. 6. §. 4. D. de tut. (26. 1.) „curator substantiae dari debet, ne in medio pereat.“ l. 6. §. 2. D. quib. ex caus. in poss. eatur (42. 4.) Stryk Us. mod. Pand. 42, 7. 4.

5) Eichhorn deutsch. Privatr. 3te Aufl. §. 327.

6) Vgl. §. 779. l. 1. §. 4. D. de muner. (50. 4. l. 1. D. de curat. bon. dando (42. 7.)

7) z. B. während der Deliberation.

ten Erben zu vertheidigen, den Legitimirten aber die von ihm unterdessen bewahrte Erbmasse zu überantworten [1]). — c) Die cura für den venter in possessionem missus, bei welcher der Curator das erwartete Kind repräsentirt und dessen Rechte bewahrt [2]). — d) Die cura bei Gelegenheit der bonorum possessio ex Carboniano edicto; der Curator sorgt dabei für das dem Unmündigen, welchem die Kindschaft streitig gemacht worden ist, eventuell gehörende Vermögen [3]). — e) Die cura bonorum bei Vermögensmassen, welche in Folge einer Abtretung der Güter oder ohne die freiwillige Abtretung den Gläubigern des Ueberschuldeten überwiesen sind. Der Curator repräsentirt (ähnlich wie bei der hereditas jacens) für die berechtigten Gläubiger, denen eigentlich die Masse zukommen, und nach den Theilen, wie sie ihnen gegeben werden soll [4]). Zu diesem vormundschaftlichen Geschäfte, weil es bloß Privatinteressen dient, kann Niemand ohne Genehmigung des Regenten gezwungen werden [5]).

III. Von der Vormundschaft über Hauskinder.

§. 748.

Kinder, welche in väterlicher Gewalt stehen, können in der Regel einen Vormund weder bedürfen, noch erhalten; denn der Vater sorgt für sie [6]). Aber auch emanci-

1) l. 3. D. de curat. fur. (27. 10.) l. 8. D. quib. ex caus. in poss. eatur (42. 4.) l. 22. §. 1. D. de rebus auct. jud. poss. (42. 5.)

2) Vgl. §. 843. l. 1. §. 17. D. de ventre in poss. mitt. (37. 9.)

3) Vgl. §. 844. l. 1. §. 4. D. de muner. (50. 4.) l. 5. §. 1. D. de Carbon. edicto. (37. 10.)

4) Vgl. §. 376. l. 2. pr. D. de cur. bon. dando. (42. 7.)

5) l. 2. §. 3. D. eod.

6) l. 6. §. 4. D. de tut. (26. 1.) l. 7. pr. C. de cur. fur. v. prod. (5. 70.)

pirte Kinder bedürfen, wenn sie ihren Vater noch haben, eines Vormundes nicht, sie mögen unmündig [1]) oder wahnsinnig [2]) seyn. Sind emancipirte Kinder gebrechlich oder minderjährig, haben aber den Vater noch: so sorgt dieser, als Curator, für sie in den Fällen, in denen es des Curators bedarf, und sie besorgen im Uebrigen ihre Geschäfte selbst. Auszuzeichnen bleibt hier also bloß der Fall, daß Hauskindern neben dem Vater noch ein Curator gegeben wird. Wenn nämlich Jemand einem Hauskinde, durch Erbeseinsetzung, Vermächtniß oder Geschenk, Vermögen zuwendet, und dabei die ausdrückliche Bestimmung macht, daß der Vater die Verwaltung und den Nießbrauch dieses Zugewandten nicht erhalten solle: so kann der Testator oder Schenkende zugleich dem noch nicht selbst zu seinen vogtbaren Jahren gelangten Erben, Legatar oder Schenknehmer, einen Curator bestellen, der dann das Recht hat, die Verwaltung der Mutter oder Großmutter des Bedachten zu überlassen, falls diese sie übernehmen wollen. Ist unter den gedachten Umständen vom Testator oder Schenker ein Curator nicht ernannt, so muß die competente Obrigkeit die Ernennung vornehmen [3]). — Desgleichen steht dem minderjährigen Hauskinde, welches eine ihm angefallene Erbschaft gegen den Willen des Vaters angetreten hat, das Recht zu, für deren Verwaltung die Obrigkeit um einen Curator zu ersuchen [4]).

1) l. 8. §. 1. C. de bonis quae liberis. (6. 61.)
2) l. 7. pr. C. de cur. fur. (5. 70.)
3) Nov. 117. c. 1. §. 1.
4) l. 8. §. 1. C. de bonis quae liberis. (6. 61.)

Zweite Abtheilung.

Von den Rechtsverhältnissen aus der Vormundschaft.

Erster Titel.

Von den gegenseitigen Verbindlichkeiten des Vormundes und Pfleglings.

I. Verbindlichkeiten des Vormundes.

A. Des Vormundes selbst.

1. In Rücksicht der Person des Pfleglings.

§. 749.

Der Vormund muß, wenn er nicht zu bloßer Güterpflege verpflichtet ist, auch für die Person des Pfleglings, namentlich der Tutor für Verpflegung und Erziehung des Pupillen, der Curator des Minderjährigen für dessen persönliche Bedürfnisse nach Umständen sorgen. Er braucht aber auch dabei nur den gebührenden Fleiß (vergl. §. 750.) anzuwenden, und hat nie nöthig, aus seinem eigenen Vermögen für den Mündel Etwas aufzuopfern. Dieß folgt im Röm. Rechte auch aus der Unterordnung der Vormundschaften unter die Klasse der munera personalia, bei denen nie ein Verlust des Verwaltenden verlangt wurde [1]). Der Vormund braucht den Pflegbefohlnen z. B. nicht zu ernähren [2]) oder bei sich zu erziehen; muß aber in jeder

1) l. 18. §. 1. D. de muner. et hon. (50. 4.) „Personalia sunt, quae animi provisione et corporalis laboris intentione *sine aliquo gerentis detrimento* perpetrantur; veluti tutela vel cura."

2) l. 3. §. 6. D. ubi pup. educ. (27. 2.)

Vormundschaft, bei welcher die Person des Curanden in Betracht kommt, Alimente [1]) aus dem Vermögen desselben geben, und dabei nicht bloß auf Sparsamkeit, sondern auch auf Anstand und Zweckmäßigkeit sehen [2]). Sollte ein Bedenken dabei eintreten, so hat der Vormund das Maß der Alimente von der Obervormundschaft bestimmen zu lassen [3]); obgleich er die Unterhaltungskosten auch ohne diese Bestimmung in Rechnung bringen kann [4]). Ist es nöthig oder überwiegend nützlich: so kann für die Unterhaltung des Pflegbefohlnen an einem bestimmten Orte und in bestimmten Verhältnissen selbst das ganze Vermögen aufgewandt werden; doch in der Regel sind nicht einmal die Einkünfte daraus ganz zu verbrauchen [5]). Wenn der Vormund absichtlich die Alimentirung des Pupillen versäumt, z. B. fälschlich etwa Armuth vorwendet: so soll er abgesetzt und peinlich bestraft werden [6]). Hält sich der Tutor verborgen und wird dadurch der Alimentirung hinderlich: so soll er gleichfalls als suspect removirt und der Pupill zum Zwecke der Alimente in possessionem [7]) mittirt werden; eine Verfügung, neben welcher jetzt die sofortige Anordnung eines andern Vormundes, mindestens eines Specialcurators für den nächstvorliegenden Zweck, verfügt wird. Sollte der Vormund, ohne größeres Verschulden, durch Abwesenheit oder bloße Nachlässigkeit die Herbeischaffung der nöthigen Alimente verzögern: so hängt eine ähnliche

1) §. 9. 10. I. de susp. tut. (1. 26.) l. 3. pr. §. 5. D. ubi pup. educ. (27. 2.) l. 1. §. 19. D de ventre in poss. mitt. (37 9.)

2) l. 12. §. 3. l. 13. pr. D. de admin. et peric. tut. (26. 7.)

3) l. 1. pr. l. 3. pr. D. ubi pup. educ. (27. 2)

4) l. 2. C. de alim. pup. praest. (5. 50.)

5) l. 3. §. 1. D. ubi pup. educ. (27. 2.)

6) §. 10. I. de susp. tut. (1. 26.) l. 3. §. 15 D. eod. (26. 10.)

7) §. 9. I. eod. l. 3. §. 14. l. 7. §. 2. D. eod.

Verfügung vom Ermessen des Richters ab [1]). — Verheirathet sich die Pflegbefohlne, so muß der Vormund ihr eine dos constituiren [2]). — Die Erziehung des Pupillen soll der Vormund zunächst von der Mutter [3]) besorgen lassen, sofern nicht überwiegende Gründe gegen den Aufenthalt des Pflegbefohlnen bei dieser reden; kann er bei der Mutter nicht erzogen werden, so ist er bei demjenigen unterzubringen, welchen der Vater zum Erzieher oder Führer wählte [4]); endlich bei den Verwandten und Verschwägerten, jedoch nicht bei denen, welche Anspruch auf die mögliche Erbschaft des Mündels haben [5]), weil bei diesen der Argwohn entstehen möchte, daß die Hoffnung zur Erbschaft auf den Fall des Ablebens des Curanden sie von der Sorge für sein Leben und Wohlbefinden abhalten könne [6]). Sonst können die Nächsten dieser Verwandten oder Verschwägerten zur Uebernahme der Erziehung selbst gezwungen werden [7]). Ueberhaupt hat die Obervormundschaft bei Bestimmung dieses Punctes mit genauer Erwägung aller Verhältnisse zu verfahren (ex persona, ex conditione et ex tempore statuere, ubi potius alendus sit). Der Vormund für seine Person hat kein Recht, die Erziehung selbst zu besorgen; aber er ist dazu keineswegs unfähig, sofern er nicht ausgeschlossen ist oder sofern eins von den berührten Verhältnissen ohnehin schon zusagt. Die Obrigkeit [8]) hat über die Frage, wo die Kinder zu erziehen seyen, im Falle des Zweifels, unter Zuziehung der nächsten Ver-

1) l. 6. D. ubi pup. educ. (27. 2.)

2) l. 52. D. de admin. tut. (26. 7.) l. 9. C. eod. (5. 37)

3) l. 1. C. ubi pup. educ. deb. (5. 49.) Nov. 22. c. 38.

4) l. 1. §. 1. D. eod. (27. 2.)

5) l. 1. §. 1. D. cit. l. 2. C. eod. (5. 49.)

6) „Id enim agere oportet Praetorem, ut sine ulla maligna suspicione alatur partus et educetur.“ l. 1. §. 1. D. cit.

7) l. 1. §. 2. D. eod.

8) l. 1. pr. §. 1. l. 5. D. eod.

wandten (praesentibus ceteris propinquis liberorum), zu entscheiden. — Die Curatelen, welche zur Sorge für die Personen eingesetzt sind, zeigen hierbei eine Analogie der Tutel; nur läßt sich die Grenze der Sorge des Curators für die Person des Curanden bloß aus den Umständen beurtheilen. Außer der Alimentirung, die bei allen Curanden erforderlich ist, muß er auch Schutz und Aufsicht bei vielen ausüben, namentlich beim Wahnsinnigen [1]) und Verstandesschwachen. Es ist irrig, wenn man meint, bei der cura minoris sei dieß durch das deutsche Recht aufgehoben [2]). Der Consens des Curators zur Heirath des Pflegbefohlnen ist aber nach gemeinem Rechte nicht erforderlich, und überhaupt hat der Vormund des minor in Verhältnissen, welche sich auf das Vermögen nicht beziehen, befragt nur seinen Beirath zu geben [3]).

2. In Rücksicht des Vermögens des Pfleglings.

a. Allgemeine Bestimmungen.

§. 750.

Schwieriger im Einzelnen wegen der zahlreichen Rechtsbestimmungen, wenngleich an sich nicht wichtiger als die Sorge für die Person des Pflegbefohlnen, ist die für sein Vermögen. Die obligatorischen Verbindlichkeiten, welche daher für den Bevormundeten und den Vormund stammen, leitet das Röm. Recht quasi ex contractu ab [4]). Der

1) Bei diesen ist vollständige Sorge für die Person nöthig, l. 7. pr. D. de cur. fur. (27. 10.), und der Curator kann, wenn der furiosus schädliche Handlungen begehet, allerdings wegen mangelnder diligentia belangt werden. l. 14. fin. D. de off. praesid. (1. 18.)

2) R.-P.-O. v. 1548. Tit. 31. §. 3. R.-P.-O. v. 1577. Tit. 32. §. 3.

3) l. 20. D. de ritu nupt. (23. 2) l. 8. C. de nuptiis. (5. 4.)

4) §. 2. I. de oblig. quae quasi ex contr. (3. 28.)

Vormund hat zuerst, wie schon sein Eid vorschreibt, die Pflicht [1]), den Mündel auch in Vermögensverhältnissen stets zu schützen und zu vertreten, und er muß deßhalb auch die erforderlichen Rechtsgeschäfte für diesen abschließen, alle Rechtsstreitigkeiten für ihn besorgen [2]), und selbst Vergleiche abschließen, wenn er von deren Nutzen überzeugt ist [3]). — Auch bei der Vermögensverwaltung tritt der Grundsatz ein, daß der Vormund aus seinem eigenen Vermögen für den Mündel nichts aufzuopfern braucht [4]). — In Rücksicht der Fahrlässigkeit des Vormundes ist die beim Thun von der beim Unterlassen zu unterscheiden. In faciendo haftet er für jede Fahrlässigkeit [5]), aber in non faciendo hat er nur die diligentia, quam quis suis rebus adhibet, zu leisten, folglich für culpa lata einzustehen [6]). Besondre Bestimmungen sind: daß der Vormund

1) l. 30. D. de admin. et péric. tut. (26. 7.) l. 28. §. 4. C. eod. (5. 37.) R.=P.=O. v. 1577. Tit. 32. §. 3.

2) l. 1. §. 2—4. D. eod. l. 28. pr. §. 1. C. eod. Der Vormund braucht dabei die Caution des Procurators, daß der Principal die Sache ratificiren werde, nicht zu machen. l. 1. §. 2 l. 23. D. eod. l. 13. C. eod.

3) l. 9. §. 6. D. eod. l. 6. C. eod.

4) z. B. er braucht nicht aus seinem eigenen Vermögen eine Caution für den Mündel zu machen, bei verkauften Sachen desselben die Eviction nicht zu leisten u. dergl. l. 3. §. 6. D. eod. l. 15. l. 26. l. 28. §. 3. C. eod. §. 4. 5. I de inoff. test. (2. 18.)

5) l. 1. pr. D. de tut. et ration. (27. 3.) l. 23. D. de R. I. (50. 17.) l. 7. C. arbitr. tut. (5. 51.)

6) l. 1. pr. D. de tut. et ration. (27. 3.) in Verbindung mit l. 33. pr. D. de admin. tut. (26. 7.): „Tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praestare debet.“ — l. 2. C. si tut. v. cur. non gesserit (5. 55.): „si qua sunt, quae cum geri debuerint, omissa sunt, latae culpae ratio omnes aequaliter tenet.“ — cf. l. 2. C. arb. tut. (5. 51.) Wenngleich damit l. 7. C. eod. im Widerspruche zu stehen scheint, so ist das Wort culpa doch als culpa in faciendo eingeschränkt zu erklären; und non acquisierint als Folge einer positiven Handlung zu verstehen. Vgl. übrigens Hasse Culpa des Röm. R. §. 71—75.

beim Ankauf von Grundstücken nur für culpa lata zu haften habe, weil er durchaus dergleichen ankaufen soll und daher oft nicht lange genug wählen oder bessere Bedingungen abwarten kann [1]); — ferner daß ein Vormund, der sich unter mehreren Mitvormündern zur Administration gedrängt hat, den größten Fleiß anwenden [2]) muß; — desgleichen, daß er bei den von ihm selbst ausgeliehenen Capitalen auch für jeden Grad der Culpa [3]) haftet; — endlich daß der Vormund, welcher dolose oder culpose versäumt, auf die erforderliche Ansetzung oder Absetzung von suspecten Mitvormündern zu dringen, für den durch diese veranlaßten Schaden einstehen muß, obwohl die Obervormundschaft oder der Erblasser die Geschäfte unter den Vormündern getheilt hatte [4]). — Die Erben des Vormundes haften nur für culpa lata [5]) desselben, wenn die Klage aus der geführten Verwaltung ihres Erblassers erst nach dessen Tode angefangen wird, er selbst sich also nicht mehr hat vertheidigen können [6]). Der Grund dazu liegt in der natürlichen Billigkeit, daß man annehmen muß, der Vormund selbst, als genauer unterrichtet von den thatsächlichen Verhältnissen, hätte sich besser vertheidigen und entschuldigen können; während nach seinem Tode, ohne seine Aufklärung, Manches durch Culpa veranlaßt scheinen kann, was keineswegs die Folge wirklicher und zu prästirender Fahrlässigkeit gewesen ist. Aus ihrer eigenen Schuld haf-

1) l. 7. §. 2. D. de adm. tut. (26. 7.)

2) l. 53. §. 3. D. de furtis (47. 2.)

3) l. 47. §. 5. l. 50. D. de adm. tut. (26. 7.) Nov. 72. c. 6. in fin. Gesterding im Arch. f. civ. Praxis. 2r Bd. Nr. 20.

4) l. 39. §. 7. l. 41. D. eod. l. 2. med. C. de dividenda tut. (5. 52.)

5) l. 39. §. 6. D. eod.

6) l. 1. C. de hered. tut. (5. 54.) Ausnahme, wenn der Vormund durch den Schaden des Mündels einen besondern Vortheil bekommen hatte.

ten die Erben des Vormundes dem Mündel, sofern sie die von ihrem Erblasser angefangenen Verwaltungsgeschäfte nicht zu Ende bringen [1]), oder ohne diese Veranlassung sich selbst in die Geschäfte einmischen [2]), und daraus dem Mündel ein Schaden erwächst. — Hat der Vormund Geschäfte durch einen Mandatar besorgen lassen, so haftet jener, wenn er bei der Wahl des Beauftragten eine Fahrlässigkeit [3]) begangen hat; der Letztere aber haftet auch unmittelbar dem Pflegbefohlnen [4]). — Das Rechtsmittel des Mündels gegen den Vormund ist die actio tutelae directa, arbitrium tutelae. Sie ist die Klage, mit welcher der Pflegbefohlne auf Erfüllung aller aus der Vormundschaft nach deren Beendigung resultirenden Forderungen an den Vormund gegen diesen klagen kann, und hat alle Eigenschaften einer gewöhnlichen actio bonae fidei. Außer gegen den Tutor findet sie auch in ausgedehnter Anwendung gegen alle Curatoren Statt [5]); auch kann der Mündel gegen diese noch die actio negotiorum gestorum gebrauchen [6]). — Vor beendigter Tutel kann die actio tutelae nicht angestellt werden [7]), und die Einrichtung unserer Reichsgesetze, nach welcher jährliche Ablegung der Vormundschaftsrechnung befohlen ist, hat darin keine Abänderung gemacht; denn die jährlichen Rechnungen werden der Obervormundschaft

1) l. 1. pr. D. de fidej. tut. (27. 7.)

2) l. 4. pr. §. 1. D. eod.

3) l. 5. §. 3. D. de admin. tut. (27. 6.)

4) l. 2. C. si mater indemnit. prom. (5. 46.)

5) l. 3. C. arbitr. tut. (5. 51.) Es scheint l. 4. §. 3. D. de tut. et rat. (27. 3.) zu widersprechen, aber unter tutelae actio wird darin eben nur die eigentliche tut. act., im Gegensatz der utilis, gemeint seyn.

6) l. 4. §. 3. D. cit. l. 5. §. 6. D. de admin. tut. (26. 7.) l. 17. C. de negot. gest. l. 7. C. arbitr. tut. (5. 51.)

7) l. 1. §. 24. l. 4. pr. l. 9. §. 2. 4. 5. D. de tut. et rat. (27. 3)

abgelegt, nicht dem Pflegbefohlnen. Dadurch allein, daß die Obervormundschaft die Rechnungen abnimmt, kann dem Unmündigen sein Recht auf die Klage gegen den Vormund nicht genommen werden. Nur wenn der volljährig gewordene Mündel die Rechnungsabnahme der Obervormundschaft anerkennt, oder wenn ein auf den abgegangenen Vormund eintretender Nachfolger rechtsbeständig die Rechnungen seines Vorgängers richtig befindet, fällt die actio tutelae in Folge der geschehenen Rechnungsablagen weg. — Die Curatoren können auch während ihrer Verwaltung daraus belangt werden [1], wenn nur von einzelnen Geschäftszweigen die Rede ist; wegen der gesammten Vormundschaftsadministration aber erst am Ende der Curatel [2]. — Da der Zweck der Klage auf alle aus der vormundschaftlichen Verwaltung entstandenen Forderungen gehet, diese aber nur durch gehörige Rechnung klar werden können: so geht die actio tut. auf vollständige Rechnungsablage [3], auf Herausgabe dessen, was der Vormund noch von Geld und andern Vermögenstheilen des Mündels in den Händen hat [4], und auf Ersatz alles des durch des Vormundes Schuld dem Letztern zugefügten Schadens [5]. Es entspricht den allgemeinen Grundsätzen von den Folgen der Arglist oder der lata culpa, daß, wenn bei diesem Antrage auf Schadensersatz der Vormund sich in solchem

1) l. 26. D. de adm. tut. (26 7) l. 4. §. 3. l. 16. §. 1. D. de tut. et rat. (27. 3.) l. 1. §. 3. fin. D. de contrar. tut. (27 4.) cf. Marani Parat. ad P. lib. 27. tit. 3.

2) So ist der Widerspruch der l. 2. et 14. C. de adm. tut. (5 37.) mit den Stellen in vorhergehender Note zu erläutern. Zimmern Gesch. des Röm. Privatr. Thl. 1. S. 938.

3) §. 7. I. de Atiliano tut. (1. 20.) l. 1. §. 3. D. de tut. et ration. (27. 3.)

4) l. 82. D. de cond. et demonstr. (35. 1.) l. 9. C. arbitr. tut. (5. 51)

5) l. 7. §. 2. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 2. l. 7. C. arbitr. tut. (5. 51.)

Grade von Schuld befindet, die Größe des Schadens mittelst eines jusjurandum in litem des Klägers bestimmt werden kann [1]). Gegen die Erben des Vormundes kann ein solcher Schätzungseid aber nur dann gebraucht werden, wenn sie selbst des Dolus überführt sind, oder wenn der Proceß gegen den Vormund schon bei dessen Lebzeiten angefangen hat [2]). — Etwas Eigenthümliches der actio tutelae ist, daß sie auch auf Verbindlichkeiten des Vormundes gerichtet werden kann, welche nicht aus seiner Güterverwaltung herrühren, jedoch während derselben hätten erfüllt werden sollen. Doch ist dieß insofern mit dem Wesen der actio tutelae zusammenstimmend, als der Vormund dergleichen Verbindlichkeiten während seines Amtes von sich selbst hätte leisten lassen sollen, und daß er, im Falle der Versäumniß dieser Eintreibung, gegen seine Pflicht als Vormund gehandelt hat, mithin der actio tutelae bloßgesetzt ist [3]). — Ist dem Vormunde die Rechnungsablage im Testamente des Mündels erlassen [4]): so ist er dadurch befreiet, für Fahrlässigkeit einzustehen und die Beweise seiner Rechnungsposten zu führen. Er muß aber die Güter des Mündels herausgeben und wird gegen ihn ein Dolus bewiesen, so muß er dafür haften [5]). Nach dem Röm. Rechte scheint der Vater oder Erblasser den Vormund seiner Kinder oder Erben, welchen er selbst im Testamente bestellt, nicht von der Rechnungsablage befreien zu können [6]); die Praxis aber nimmt die Gültigkeit einer solchen Befreiung an.

1) l. 7. pr. D. de admin. tut. (26. 7.) l. 1. l. 4. C. de in litem jurando (5. 53.)

2) l. 2. i. 4. l. 5. C. eod.

3) l. 5. §. 4. l. 9. §. 1. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 5. D. de tut. et rat. (27. 3.) l. 3. C. de hered. tut. (5. 54.)

4) Tutor aneclogistus l. 5. §. 7. de adm. tut. (26. 7.)

5) l. 41. D. eod. (26. 7.) l. 9. l. 20. §. 1. D. de liberatione legata (34. 3.)

6) l. 5. §. 7. 8. D. de adm.

b. Besondere Bestimmungen.

a. Ueber Erhaltung und Vermehrung des Vermögens.

§. 751.

Die gehörig in ein Inventar gebrachten Vermögenstheile des Mündels soll der Vormund erhalten [1]) und den Umständen gemäß, so viel wie möglich, vermehren. Er muß daher zuvörderst die Sachen des Pflegbefohlnen sorgfältig aufbewahren und haftet dafür, wenn sie durch seine Nachlässigkeit verloren gehen; für den Zufall steht er nicht ein [2]). Alle drückenden Schulden muß er abtragen [3]) und Sachen, welche einem baldigen Verderben ausgesetzt zu seyn pflegen, muß er zeitig veräußern, nebst allem Vorgefundenen, was dem Vermögen nachtheilig werden könnte [4]); und er braucht zu dieser Veräußerung nach gemeinem Rechte kein obrigkeitliches [5]) Decret. Zur Erhaltung des bestehenden Vermögens gehört aber vorzugsweise die Beitreibung der ausstehenden Schulden [6]), sofern diese nicht in Zins-tragenden Capitalen, die sicher und vortheilhaft belegt sind, bestehen sollten. Wird ein Schuldner der administrirten Masse insolvent und es ist eine Versäumniß des Vormundes in Beitreibung der Forderung dabei nachzuweisen, so muß dieser für culpa lata

tut. (26. 7.) B. Voorda theses controv.; Lec. 20. §. 1.

1) Wohin auch die Sorge für die regelmäßige Reparatur zu zählen ist. l. 22. C. de adm. tut. (5. 37.) verb. „Sed etsi parens vel ille cujuscunque heres est minor“ etc.

2) l. 32. §. 1. l. 50. D. eod. l. 24. C. eod. (5. 37.) l. 3. l. 4. C. de peric. tut. (5. 38.)

3) l. 9. §. 5. D. de adm. tut. (26. 7.)

4) l. 7. §. 1. D. eod. Die Eile des Vormundes dabei muß den Umständen angemessen und eine vernünftige seyn, „non quidem praeceps festinatio, sed nec moratoria cunctatio.“

5) l. 4. C. quando decreto op. n. est (5. 72.)

6) l. 1. §. 4. l. 46. §. 7. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 18. C. eod. (5. 37.)

einstehen, falls er den Schuldner als solchen [1]) vorfand, und noch nicht Zeit ihn zu prüfen, ihn auch nicht gebilliget hatte [2]). Ist der Vormund gegen seine Mündel im Verhältnisse eines Schuldners zu den Gläubigern, so muß er von sich selbst die Forderung zur rechten Zeit und in rechtem Maße einziehen [3]); ein Fall, der deßwegen jetzt nicht oft [4]) vorkommen kann, da eine solche Obligation zur Folge haben soll, daß das Gericht dem Vormunde einen Curator zugebe, welcher für deren Erfüllung Sorge trägt. — Auf Vermehrung des Vermögens seiner Mündel soll der Vormund zunächst durch Fortsetzung des von deren Erblasser betriebenen oder außerdem zuständigen Gewerbes bedacht seyn, vorausgesetzt, daß dieses vortheilhaft und ohne Schaden nicht aufzuheben ist. Der Vormund folgt hierbei den allgemeinen Grundsätzen, und eben deßwegen wird er, da kein bestimmtes Gesetz ihm die Fortsetzung des Gewerbes befiehlt, es aufgeben müssen, sofern der daraus zu erwartende Vortheil zweifelhaft ist oder durch Schwierigkeit der Verwaltung aufgewogen wird [5]). — Damit die Vermehrung des Vermögens der Mündel desto leichter erreicht werde, soll der Vormund alle ihre überflüssigen beweglichen Sachen in Geld umsetzen [6]).

1) l. 15. l. 35. D. eod. l. 2. C. arbitr. tut. (5. 51.)

2) Für einen vorgefundenen, von ihm geprüften und approbirten Schuldner haftet der Vormund, als wenn er demselben persönlich creditirt hätte. l. 44. pr. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 19. D de tut. et rat. (27. 3.)

3) l. 9. §. 3. 4. D. de adm. tut. (26. 7.)

4) Vgl. §. 744. Nur im Falle der Obervormundschaft das Verhältniß unbekannt bleibt oder von ihr die Anstellung eines Specialcurators versäumt wird.

5) l. 47. §. 6. D. eod. billigt beispielsweise, daß ein Vormund das Gewerbe für den Mündel fortzusetzen nicht für gut findet. Voet comm. ad Pand. 26, 7. §. 11.

6) l. 22. C. de adm. tut. (5. 37.)

β. Ueber Anlegung der vormundschaftlichen Gelder.

§. 752.

Wenn bei solcher sorgfältigen Verwaltung und namentlich aus dem Ueberschuß der Einkünfte neue Capitale sich beim Vormunde sammeln: so soll er darauf denken, Grundstücke, sobald als möglich, anzukaufen, und deßwegen das dazu erforderliche Geld deponiren. Diesen Ankauf befehlen die Gesetze dem Vormund ausdrücklich an [1]), und er haftet daher auch nur für die dabei begangene culpa lata [2]). Findet sich zum Erwerb von Grundstücken keine passende Gelegenheit: dann erst soll der Vormund die Gelder auf Zinsen ausleihen [3]), wozu er (seit Justinian) alsdann verpflichtet ist, wenn die übrigen Einkünfte zu dem Ausgabebedürfniß des Mündels nicht hinreichen, folglich, falls nicht neue Zins-tragende Capitale fundirt würden, bald der Hauptbestand des Vermögens selbst angegriffen werden müßte [4]); eine gesetzliche Bestimmung, welche noch jetzt als geltend angesehen werden muß. Die Praxis hat beim Ausleihen der Capitale hin und wieder die Beschränkung des Vormundes durch willkührliche Bestimmungen der Obervormundschaft zu weit getrieben. So ist es keineswegs durchaus nothwendig, daß der Vormund nur auf Hypotheken und Bürgschaften oder gar mit dem Grade der Sicherheit ausleihe, den man pupillarische Sicherheit zu nennen pflegt. Kein Gesetz befiehlt dergleichen; ja aus dem allgemeinen Grundsatze der Haftung des Vormundes in faciendo für diligentia quam quis suis, und aus deut-

1) l. 7. §. 3. D. eod. (26. 7.) l. 24. C. eod.
2) l. 7. §. 2. D. eod.
3) l. 24. C. cit.
4) Nov. 72. c. 6—8. Der Gesetzgeber zieht nämlich das sichere Aufbewahren todt liegenden Geldes in diesem Falle dem unsichern Ausleihen und der Gefahr des Verlustes dabei vor.

lichen Gesetzstellen [1]) folgt das Gegentheil jener Annahme. Der Vormund ist auch noch ausdrücklich [2]) mit dem periculum der von ihm ausgeliehenen Capitale belastet, jedoch mit Ausnahme des Zufalles, d. i. aller Unglücksfälle, welchen er trotz Vermeidung von jeder Fahrlässigkeit und trotz Leistung der Diligenz [3]) nicht ausweichen konnte; womit zusammenhängt, daß er den Beweis führen muß, die Schuldner seyen zur Zeit seines Geldausleihens sicher gewesen [4]). — Legt endlich der Vormund Rechnung ab und will mittelst Auslieferung oder Nachweisung der Verbriefungen dem Mündel die ausstehenden Capitale übergeben: so hat das Röm. Recht die Billigkeit eingeführt, daß die sämmtlichen Capitale entweder angenommen oder dem Vormunde auf eigene Rechnung überlassen werden müssen [5]); daß also der Mündel nicht die sichern aussuchen und die unsicherer stehenden zurückweisen darf. Im ältern Röm. Rechte konnte der Vormund auch gültig an sich selbst verleihen [6]); was aber durch die neuere Verordnung, welche ihm verbietet [7]), Gläubiger oder Schuldner des Mündels zu seyn, aufgehoben ist. Benutzt der Vormund Gelder aus der Tutel oder Curatel, um davon Capitale für sich zu belegen, oder sich Sachen dafür zu erwerben: so steht dem Pflegling frei, sich diese Gegenstände zuzueignen [8]).

1) l. 50. D. eod. Hermogenian.: „Si — argentarius, cui tutor pecuniam dedit, cum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit: nihil eo nomine tutor praestare cogitur.“ Cf Nov. 72. c. 6. Hommel rhaps. quaest. T. 3. obs. 462. A. M. Stryk U. Mod. P. 26, 7. §. 20., welcher annimmt, daß die Praxis dieß nicht befolge. Desgl. Schweppe in den vorigen Ausgaben.

2) l. 18. l. 24. fin. C. eod. (5. 37.) Nov. 72. c. 6.

3) l. 47. §. 5. l. 50. D. eod. (26. 7.)

4) cf. l. 11. D. de probation. (22. 3.) l. 1. §. 13. D. de magistr. conven. (27. 8.)

5) l. 7. §. 6. l. 16. D. de adm. tut. (26 7.)

6) l. 9. §. 7. l. 54 D. eod.

7) Nov. 72 c. 1. 2.

8) l. 2. D. quando ex facto tut. (26. 9.) l. 2. C. eod. (5. 39.)

γ. Ueber die Verbindlichkeit des Vormundes zur Zinszahlung.

§. 753.

Der Vormund muß dem Mündel in gewissen Fällen Zinsen vergüten (usurae pupillares), jedesmal wegen einer damit zur Strafe bedroheten Pflichtwidrigkeit: A) Wenn der Vormund das Geld des Pflegbefohlenen heimlich zu eigenem Vortheil verwandt hat, so soll er, von selbst und ohne Weiteres, verpflichtet seyn, 12 Procent Zinsen zu vergüten [1]; eine Bestimmung, welche in Deutschland auf 5 Procent zu beschränken ist, da dieser Zinsfuß bei uns der höchste gesetzmäßige ist [2]. Dieselbe höchste Zinsentschädigung findet Statt, wenn der Vormund die Gelder des Pfleglings zum gerichtlichen Depositum einzahlen sollte, ihm zur Strafe des Ungehorsams die höchste Zinsentschädigung angedrohet worden, er aber dennoch nicht folgsam gewesen ist [3]. B) Wenn er auf redliche Weise Gelder des Mündels [4]) an sich selbst verlieh (was nach neuerm Rechte [5]) nicht mehr geschehen soll) und Zinsen ansetzte: so ist er diese angesetzten, d. i. keine höhern, schuldig geworden. C) Endlich muß er landesübliche Zinsen vergüten, wenn er die Gelder des Pflegbefohlnen todt liegen ließ [6]), oder fällige Forderungen von sich selbst oder von Andern nicht eintrieb [7]), überhaupt die nützliche Verwendung der Gelder versäumte [8]). Er hat jedoch, wenn er

1) l. 38. med. D. de negot. gest. (3. 5.) „maximas usuras praestat.“ l. 3. C. arb. tut. (5. 51.) l. 1. C. de usuris pup. (5. 56.)

2) Vgl. §. 196. u. Eichhorn deutsch. Privatr. 3te Aufl. §. 109.

3) Vor Justinian ebenfalls 12 Procent. l. 7. §. 7. 8. 10. D. de adm. tut. (26. 7.)

4) l. 9. §. 7. l. 54. D. eod.

5) S. §. 752. a. E.

6) l. 7. §. 10. 11. eod.

7) l. 7. §. 11. l. 58. §. 4. D. eod.

8) l. 7. §. 3. l. 58. §. 3. D. eod.

sein Amt antritt und baare Gelder vorfindet, eine Frist von 6 Monaten, welche ihm zu Gute gerechnet wird; wenn er innerhalb dieser das Vorgefundene nicht als Zinstragendes Capital belegt: so fängt seine eigene Verbindlichkeit zur Zinsentschädigung an. Wenn das Geld während der Verwaltung selbst sich sammelt, so hat er nur 2 Monate Frist zu dieser Belegung [1]). Aber er haftet nach Verlauf der Fristen immer nur insofern als Gelegenheit zum sichern Unterbringen des Geldes wirklich vorhanden gewesen ist [2]). Dieß wird von dem gegen den Vormund auftretenden Kläger oder auch von der Obervormundschaft gemeiniglich schwer zu beweisen seyn, besonders wenn einige längere Zeit darüber verstrichen ist, ehe man das Todtliegen des Capitals zur Frage bringt. Zuweilen kann aber der Beweis aus Nebenumständen geführt werden. Hatte der Vormund z. B. sein eigenes Geld in derselben Zeit gut eingelegt: so hätte er auch das des Mündels unterbringen müssen [3]), denn er muß diligentiam, quam quis suis adhibet, bei Verwaltung der Capitale des Pfleglings prästiren. Ist der Vormund zur Zinsentschädigung verpflichtet: so ist zwischen todtliegenden Capitalen und ebenfalls todtliegenden Zinsen, die nicht wieder zu Capital gemacht sind, kein Unterschied anzunehmen; denn in Rücksicht einer versäumten weitern Benutzung des Vermögens sind solche todtliegenden, eingegangenen Zinsen den Capitalen völlig gleichstehend [4]), da sie bei zeitiger Anlegung wieder Einkünfte gebracht hätten. Hieraus ist der Fall zu beurtheilen, in welchem der Vormund dem Mündel Zinsen schuldig blieb, die weiter wären anzulegen

1) l. 7. §. 11. l. 15. D. eod. Nov. 72. c. 6. fin.
2) l. 7. §. 3. fin. l. 12. §. 4. D. eod. l. 3. C. de usur. pup. (5. 56.)
3) l. 13. § 1. D. eod.
4) l. 58. §. 1. 4. D. eod.

gewesen; er muß dann, ohne daß es ein verbotener Anatocismus ist, Zinses Zinsen bezahlen. Die ersten Zinsen schuldet er als Debitor des Mündels und die Zinsen von den ersten Zinsen als Vormund [1]). — Noch ist zu bemerken, daß der Letztere, wenn durch seine Nachlässigkeit oder Hartnäckigkeit der Mündel für Bestreitung seiner nothwendigen Bedürfnisse zur Aufnahme von Geld gegen höhere Zinsen genöthiget wird, diese höhern Zinsen vergüten muß; ein Fall, welcher wegen des bei uns feststehenden gesetzlichen Zinsfußes, nicht leicht Anwendung finden wird [2]).

d. Ueber die Endigung der vormundschaftlichen Administration.

§. 754.

Ist die Vormundschaft entweder als solche ganz beendigt, oder in ihrer Verwaltung an einen andern Vormund übergeben: so ist der Vormund von seiner Geschäftsführung [3]) befreiet, muß jedoch die angefangenen Geschäfte so lange fortsetzen, bis er den bisherigen Mündel oder den nachfolgenden Vormund durch vollständige Ablieferung aller betreffenden Vermögenstheile, Documente und andrer Papiere in den Stand gesetzt hat, in die Fortsetzung selbst einzutreten [4]). Begleitet wird die Endigung der Administration mit der Herausgabe des ganzen dem Mündel zustehenden, in der Verwaltung des bisherigen Vormundes befindlichen Vermögens; wobei das aufgenommene, gegen den Vormund unumstößlich beweisende Inventarium als

1) L. Mencken D. de tutore ad usuras ex suo debito usurarum obligato.

2) l. 7. §. 10. D. eod. „Sed et si, dum negat, aliquam quantitatem penes se esse, pupillis ad onera sua expedienda imposuit necessitatem mutuam pecuniam legitimis usuris accipiendi, tenebitur in legitimis.“

3) l. 11. C. arb. tut. (5. 51.)

4) l. 5. §. 6. D. de admin. tut. (26. 7.)

Anhaltspunct dient [1]). Ist es vermehrt oder vermindert, so hat der Vormund dieß entweder mittelst Beziehung auf die früherhin schon abgelegten und abgenommenen Rechnungen oder durch nachgeholten Beweis klar zu machen [2]). Ist er aneklogistischer Vormund (es sey nach den Gesetzen wegen Erlasses von Seiten des Mündels, oder nach der Praxis aus dem Testamente des ernennenden Vaters) [3]): so muß er doch immer herausgeben, was von den Gütern des Mündels, als bei ihm vorhanden, gegen ihn bewiesen wird [4]). — Ist er in Herausgabe der abzuliefernden Vermögensmasse säumig: so entrichtet er davon die gewöhnlichen Verzugszinsen, von denen er nicht mehr, wie im ältern Rechte, durch bloße Anbietung der Zahlung [5]), sondern nur durch gerichtliche Deposition befreiet wird [6]).

ε. Ueber die actio rationibus distrahendis.

§. 755.

Die actio rationibus distrahendis, welche den Namen davon zu haben [7]) scheint, daß sie darauf gehet, die Rechnungen (rationes) des Vormundes zum Zwecke genauerer Prüfung nochmals zu untersuchen (wie man auch sagt, „aufzumachen," distrahere), damit gefunden werde, ob und was der Vormund untergeschlagen hat, — stammt schon aus dem Zwölftafelgesetze [8]) und ist vermuthlich durch

1) l. 13. pr. C. arb. tut. (5. 51.)
2) l. 1. §. 3. D. de tut. et rat. (27. 3.)
3) Vgl. §. 750.
4) l. 9. l. 20. §. 1. l. 28. §. 4. l. 31. §. 1. D. de liberatione legata (34. 3.) l. 41. D. de adm. tut. (26. 7.)
5) l. 28. §. 1. D. eod.
6) l. 1. §. 3. D. de usur. (22. 1.) l. 4. C. de usur. pup. (5. 56.)
7) v. Glück Pand. Bd. 32. §. 1365. c.
8) l. 55. §. 1. D. de adm. tut. (26. 7.)

Interpretation aus der alten Klage des Pupillen gegen den Tutor wegen Diebstahls praktisch gebildet worden [1]). Sie ist das Rechtsmittel des Mündels gegen den Vormund, welcher arglistig falsche Rechnung abgelegt, entweder Einnahmeposten untergeschlagen oder Posten in der Ausgabe fälschlich verrechnet hat. Die act. ration. distr. geht auf den doppelten Ersatz [2]) dessen, was auf solche Weise veruntreuet worden ist, ohne daß dabei noch außerdem auf ein Interesse Rücksicht genommen würde. Das Doppelte enthält theils den Ersatz, theils eine Strafe. Als Pönalklage unterscheidet sie sich von der auf das Einfache zu richtenden actio tutelae, und kann deßwegen auch nicht gegen die Erben des Vormundes [3]) gerichtet werden, obgleich sie den Erben des Mündels zustehet. Eine Delictsklage ist sie darum noch nicht [4]). Sie dauert 30 Jahre [5]), concurrirt mit der actio tutelae nur alternativ [6]), und ebenso mit der condictio furtiva [7]), mit der actio furti aber copulativ [8]). — Den heutigen Gebrauch der act. rationibus distrahendis kann man um so weniger leugnen, als nicht nur der der Römischen Pönalklagen [9]) überhaupt nicht abgeschafft ist, sondern auch ein deutsches Reichsgesetz [10]) ausdrücklich dem Vormunde gebietet, „bei Vermeidung der Straf gemeiner Rechte" seinen Pflichten nachzukommen. — Die Anstellung dieser Klage braucht nicht bis zu Ende der Vormundschaft anzustehen, sondern kann nach jeder Entdeckung eines Dolus geschehen [11]).

1) v. Glück a. a. O. §. 1365. a.
2) l. 1. §. 20. l. 2. §. 2. D. de tut. et rat. (27. 3.)
3) l. 1. §. 23. D. eod.
4) v. Glück a. a. O. §. 1365. b. S. 214.
5) l. 1. §. 23. D. cit.
6) l. 1. §. 21. D. eod.
7) l. 2. §. 1. D. eod.
8) l. 2. §. 1. D. cit.
9) Vgl. §. 540.
10) R.-P.-O. v. 1577. Tit. 32. §. 3.
11) Schmidt prakt. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1096. a. E. S. 725.

B. Verbindlichkeiten Anderer für den Vormund.

1. Andere Privatpersonen.

§. 756.

Die Gesetze wollen den Bevormundeten für ihr in den Händen des Vormundes befindliches Vermögen die größtmögliche Sicherheit verschaffen. Deßwegen haftet dafür nicht der Vormund allein, sondern auch andre mit diesem in bestimmter Verbindung stehende Privatpersonen, und unter Umständen selbst die Obrigkeit. Die haftenden Privatpersonen sind: A) Der pater familias des Vormundes. Zwar braucht er in der Regel nur, wie bei jeder Schuld des Hauskindes, de peculio oder de in rem verso zu haften [1]), und wenn während der Vormundschaft die väterliche Gewalt aufhört, so ist der Vater für alles in der Vormundschaft des Sohnes nachher Geschehene einzustehen gar nicht verpflichtet, kann auch für die während der väterlichen Gewalt vorgefallenen Versehen nur noch ein Jahr nach Beendigung der Gewalt belangt werden [2]). Aber wenn der Vater auf irgend eine Weise in die Dativtutel des Hausſohns gewilliget oder sich eingemischt hat: so haftet er für die sämmtlichen Ansprüche des Mündels gegen den Vormund [3]). Bei andern Arten der Vormundschaft außer der Dativtutel ist dieser Satz aber nicht anzuwenden [4]), falls der Vater nicht intercedirt und die Gefahr auf sich genommen hat. — Macht der Sohn als Obervormund ein Versehen, so haftet der pater familias, da

1) l. 1. C. quod cum eo, qui in aliena pot. (4. 26.)

2) l. 37. §. 2. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 6. l. 11. D. de tut. et rat. (27. 3.)

3) l. 7. D. de tut. (26. 1.) l. 1. C. quod cum eo, qui in al. pot. (4. 26.)

4) l. 21. D. de adm. tut. (26. 7.)

hierbei ein in rem versum schwerlich vorkommen wird, ebenfalls nur de peculio, nicht in solidum; er mag in die Ernennung des Sohns zur Gerichtsperson eingewilliget haben oder nicht [1]). — B) Die Bürgen des Vormundes für dessen Verwaltung haften überhaupt, wie Bürgen in allen Geschäften haften, und theilen auch die Rechte eines Bürgen im Allgemeinen, namentlich auch das **beneficium excussionis** [2]). Das **beneficium divisionis** stehet den Bürgen in Beziehung auf einen und denselben Vormund nicht zu [3]), sofern nicht nach geendigter Vormundschaft ihre frühere bürgschaftliche Verpflichtung durch Novation verändert worden ist [4]), z. B. durch Anstellung der Klage des Mündels. — Uebrigens haften die Bürgen für Alles, was dem Vormunde mit der actio tutelae abgefordert werden kann [5]), mit Ausnahme dessen, was der Vormund aus der übernommenen Fortsetzung eines Geschäfts nach erloschener Vormundschaft schuldig geworden ist [6]). — Es ist hier noch das Besondre zu merken, daß die gerichtliche Aufzeichnung einer Person als Bürgen für einen Vormund, wenn diese Person gegenwärtig ist und nicht widerspricht, der Stipulation [7]) derselben gleichgeachtet wird. C) Ferner haften dem Mündel für das Resultat der ganzen Verwaltung diejenigen, welche den Vormund auf ihre

1) l. 3. §. 13. D. de peculio (15. 1.) l. 1. §. 17. D. de magistr. conv. (27. 8.) l. 2. §. 5 D. ad municip. (50. 1.)

2) Vgl. §. 511. — l. 1. C. de fidejuss. tut. (5. 57.) Nov. 4. c. 1.

3) l. 12. D. rem pup. salv. fore (46. 6)

4) l. 6. l. 7. D. de fidejuss. et nomin. (27. 7.)

5) l. 3. l. 5. D. eod.

6) l. 46. §. 4. de adm. tut. (26. 7.)

7) l. 4. §. 3. D. de fidej. et nomin. (27. 7.) — „si praesentes fuerunt et non contradixerunt, et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est, perinde teneri, atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset.“

Gefahr bestellen ließen [1]). — D) Nominatoren (s. §. 741. *b*) heißen diejenigen, welche, um sich selbst von der Uebernahme einer ihnen deferirten Erbschaft zu befreien, Andre zu Vormündern vorschlagen [2]); Affirmatoren aber solche, welche bei einer obervormundschaftlichen Untersuchung über die Tüchtigkeit des Vormundes, diese als vorhanden behaupten [3]). Diese Nominatoren und Affirmatoren haften wie Bürgen [4]), jedoch erst nach Vorausklagung der eigentlichen Bürgen [5]), und, weil sie nur für die Vermögensumstände des Vormundes zur Zeit seiner Anstellung gut sagen konnten, bloß dann, wenn diese Umstände gleich anfangs dem Pflegling Sicherheit nicht darboten [6]).

2. Der Obrigkeit [7]).

§. 757.

Aus der Vormundschaft ist dem Mündel die Obervormundschaft ebenfalls verpflichtet, sofern sie ihre Pflicht nicht gethan hat. Die Klage, welche der Pflegling deßwegen gegen das Gericht hat, heißt eine actio subsidiaria, weil sie nur aushülfsweise nützt, sofern vorher der Vormund [8]), dessen Vater, Bürgen, Nominatoren und Affirmatoren

1) Arg. l. 1. pr. D. de magistr. conv. (27. 8.) l. 3. C. si mater indemnitat. promisit (5. 46.)

2) l. 4. 5. C. de magistr. conv. (5. 75.)

3) l. 4. §. 3. D. de fidej. et nomin. (27. 7.)

4) l. 4. §. 3. D. cit. l. 4. C. quo quisq. ord. conv. (11. 35.)

5) l. 4. C. de magistr. conv. (5. 75.)

6) l. 1. §. 11. 13. D. eod.

7) Die Geschichte dieser Lehre s. in Zimmern Gesch. des R. Privatr. Thl. 1. §. 250., und über Erweiterung der Röm. actio subsidiaria nach deutscher Praxis und Reichsgesetzgebung vgl. Schilter, Ex. ad P. ex. 37. §. 200. Kind quaest. for. T. 1. c. 14.

8) §. 2. I. de satisd. tut. (1. 24.) Doch können die tutores und curatores honorarii erst nach dem Magistrate belangt werden. l. 1. §. 15. D de tut. et rat. (27. 3.) l. 46. §. 6. D. de adm. tut. (26. 7.) Thibaut, Theorie der logischen Auslegung. 2te Ausg. §. 35.

(s. §. 756.) vorher vergeblich ausgeklagt worden sind. Sie ist eigentlich eine wahre actio tutelae utilis [1]). Im Römischen Rechte war sie nur dann statthaft, wenn die Obrigkeit gar keinen Vormund oder eine ganz untaugliche Person bestellt hatte; aber nach den deutschen Reichsgesetzen [2]) ist die Verbindlichkeit der Obervormundschaft auf jedes Versehen ausgedehnt, und darauf geht also jetzt die Klage. Sie gebührt dem Mündel sowohl als dessen Erben [3]); wenn aber ein ganz unschuldiger Vormund ausgeklagt ist und hat bezahlen müssen, die Obervormundschaft jedoch eigentlich die Schuld an dem Verlust in der Administration war: so soll dieser Vormund die Klage, als eine actio in factum, auch gegen den Magistrat anstellen dürfen [4]). — Als Beklagter ist mit diesem Rechtsmittel jedes Gericht [5]) anzugreifen, welches die Obervormundschaft geführt hat. In Collegien haften die einzelnen Mitglieder, da sie wegen Culpa verpflichtet sind, in solidum, sofern nicht Einem unter ihnen das Pupillenamt speciell übertragen gewesen ist. In diesem Falle haben die Uebrigen das beneficium excussionis [6]); aber nur dieß, denn den Mündel kann eine Geschäftsabtheilung im Gerichtscollegium nicht benachtheiligen. Können die Collegen nicht aus einem Dolus belangt werden, so haben sie auch das beneficium divisionis [7]). — Auch der Erbe der obrigkeitlichen Personen,

1) l. 9. fin. D. de magistr. conv. (27. 8.) — „eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores.“

2) §. 2. I. de satisdat. tut. (1. 24.) l. 1. §. 5. 6. D. de mag. conv. (27. 8.) R.-P.-O. v. 1577. Tit. 32. Leyser medit. ad Pand. spec. 343. med. 1.

3) l. 1. §. 4. D. eod. (27. 8.)

4) l. 2. l. 3. D. eod.

5) Bei den Römern ging die Klage nur gegen die niedern Magistrate, §. 4. I. de satisd. tut. (1. 24.) l. 1. §. 1. D. de magistr. conv. (27. 8.); bei uns fällt dieser Unterschied zwischen niedern und höhern Gerichtsbehörden weg.

6) l. 1. §. 9. l. 8. D. eod.

7) l. 7. D. eod. l. 3. C. eod. (5. 75.)

welche den Fehler gemacht haben, kann belangt werden, jedoch nur wegen dessen, was durch culpa lata verschuldet ist [1]). — Was mit der actio tutelae im Allgemeinen erlangt werden kann, wird auch mit dieser subsidiaria richtig verfolgt, also namentlich auch Zinsen [2]), wie gegen den Vormund. Doch hat der Mündel kein Pfand- noch Vorzugsrecht im Concurse der obrigkeitlichen Person wegen seiner Forderung gegen dieselbe; kommt vielmehr erst in die fünfte Classe [3]).

II. Verbindlichkeiten des Pfleglings.

§. 758.

Der Pflegbefohlne ist dem Vormunde überhaupt kindliche Folgsamkeit schuldig, sowohl in Betreff der persönlichen Fürsorge (wo diese zur Thätigkeit des Vormundes gehört) als der Vermögensverwaltung [4]); denn das Röm. Recht erkennt ausdrücklich eine besondre Unterordnung des Mündels unter den Vormund an. — In Hinsicht auf seine Administration hat der Letztere das Recht, alle Auslagen [5]) zu fordern, wenn sie zweckmäßig angewandt sind; auf den Erfolg [6]), den sie zufällig etwa verfehlt haben mö-

1) l. 4. D. eod. l. 2. C. eod.
2) l. 9. D. eod.
3) l. 1. §. 14. D. eod.
4) l. 27. D. de adm. tut. (26. 7.) Paulus: „tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet.“ l. 7. § 3. D. pro emtore (41. 4.) l. 157. pr. D. de R. J. (50. 17.) Selbst die Obrigkeit kann den Vormund nicht nöthigen, eine Einwilligung zu geben oder Etwas zu thun, was er nicht will. Er ist bloß für den Schaden verantwortlich, wenn er pflichtwidrig handelt und ist nöthigenfalls zu removiren. Aber seine Einwilligung kann obrigkeitlich weder ergänzt, noch erzwungen werden. Donellus comm. j. c. lib. 3. c. 21. §. 3.
5) l. 2. C. de alim. pup. praest. (5. 50.) l. 3. pr. §. 8. D. de contr. tut. act. (27. 4.)
6) l. 3. §. 7. D. eod. l. 9. §. 6. D. de adm. tut. (26. 7.)

gen, kommt es nicht an. Auch hierbei ist die Verbindlichkeit quasi ex contractu [1]). Die Analogie des dominus und des negotiorum gestor tritt für den Mündel und Vormund ein; sie gilt insbesondre bei Bestimmung des eben berührten Ersatzes [2]) der Auslagen, sollten sie auch den Bestand des administrirten Vermögens überschreiten. Er kann für diese sogar Zinsen fordern [3]). — Auch hat der Mündel die Verpflichtung, den Vormund von allen für ihn während der Vormundschaft übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien [4]); doch braucht Jener den Schaden nicht zu ersetzen, welchen der Vormund zufällig bei der Geschäftsführung erlitten hat; denn statt der Analogie des negotiorum gestor oder des Mandatars [5]) die eines Gesellschafters hier annehmen und dem Mündel auch seinen Theil am zufälligen Schaden des Vormundes tragen lassen zu wollen, ist ohne Grund. — Der Tutor oder Curator hat in der Regel keine Belohnung seiner Arbeit für den Mündel (Salarium) zu fordern; denn sein Amt ist ein munus publicum und dieses muß im Röm. Rechte unentgeltlich versehen werden [6]). Jedoch kann ihm ein Honorar vom Vater oder Erblasser des Mündels ausgesetzt, von den Mitvormündern bestimmt, oder aus besondern Rücksichten der Billigkeit von der Obervormundschaft zugebilliget werden [7]), was in Deutschland viel häufiger geschieht, als bei den Römern. Lebt der Vormund von seiner Arbeit [1]) und

1) §. 2. I. de obl. quae quasi ex contr. (3. 28.)

2) l 33. §. 3. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 4. C. de in lit. dando tut. (5. 44.) l. 3. fin. C. de contr. jud. tut. (5. 58.)

3) l. 3. §. 1 — 6. D. de contr. tut. act. (27. 4.)

4) §. 2. fin. I. de obl. q. quasi ex contr. (3. 28.) l. 6. D. de contr. tut. act. (27. 4.) Cujacius, obs. lib. 26. c. 20.

5) l. 26. §. 6. D. Mandati (17. 1.)

6) l. 1. §. 3. 4. D. de muner. et hon. (50. 4.)

7) l. 33. §. 3. D. de adm. tut. (26. 7.)

8) l. 1. §. 6. 7. D. de tut. et rat. (27. 3.)

hat also keine Zeit zur unentgeltlichen Besorgung der Verwaltungsgeschäfte übrig (besonders wenn diese zahlreich und bedeutend sind): so kann er eine billige Entschädigung verlangen; bezahlt werden aber müssen ihm besondre Geschäfte, welche er als Vormund nicht selbst zu übernehmen brauchte, sondern von andern geeigneten Personen versehen lassen könnte, z. B. seine Bemühungen als Advocat in Vormundschaftsprocessen, als Commissionar zum Vortheil des verwalteten Vermögens, als Arzt zur Heilung des Mündels. — Zur Verfolgung seiner Ansprüche kann sich der Vormund [1]) der actio tutelae contraria [2]) bedienen, oder der Einrede der Compensation und der Retention bei seiner Rechnungsablage [3]). Der Tutor kann die Klage erst nach Aufhebung der Tutel, der Curator aber zu jeder Zeit gebrauchen [4]). — Die Rechte geben der actio tutelae contraria noch eine besondre Ausdehnung. Hat nämlich der Vormund Ansprüche an seine Pflegbefohlnen aus andern Gründen, als der Verwaltung, z. B. aus Forderungen, welche er schon gegen ihre Erblasser hatte, und wartete er während seiner Vormundschaft mit der Einforderung zum Nutzen der Mündel: so kann er diese nun mit der actio tut. contr. betreiben [5]).

1) l. 2. C. de in lit. dando tut. (5. 44.) l. 3. C. de contr. jud. tut. (5. 58.)

2) Bei dem Curator eigentlich wohl nur die actio negotiorum gestorum contraria.

3) l. 1. §. 4. D. de contr. tut. act. (27. 4.)

4) l. 1. §. 2. 3. D. eod.

5) l. 1. §. 5. et 6. D. eod.

Zweiter Titel.

Von dem Dispositionsrechte des Vormundes.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§. 759.

Der Vormund hat das Dispositionsrecht über die Vermögensangelegenheiten des Pfleglings als dessen Stellvertreter [1]), und zwar mit den Rechten eines procurator omnium bonorum [2]). Seine Verfügungen sind der Regel nach, wie die eines Eigenthümers, über die Dauer seines vormundschaftlichen Amtes hinaus gültig; insbesondre werden die von ihm für den Mündel eingegangenen Contractsverhältnisse durch das Ende der Verwaltung nicht aufgehoben, sondern gelten activ und passiv für den Mündel [3]), und können daher nur wegen besondrer Umstände durch ein besonderes Rechtsmittel aufgehoben werden [4]). Hat der Vormund in den Angelegenheiten seiner Verwaltung ein Mandat ertheilt: so ist der Mandatar als ein dem Verwaltenden persönlich Substituirter anzusehen und deßwegen erlischt das Mandat nicht bloß durch den Tod des Vormundes, sondern auch durch dessen sonstigen Abgang [5]), so daß der Mandatar durch eine spätere Handlung den Mündel nicht verbindlich macht. Wenn jedoch der Mandatar sich in einem fortlaufenden Geschäfte befin-

1) l. 27. D. de adm. tut. (26. 7.) Vgl. §. 758. Note 1. v. Glück Pand. Bd. 30. §. 1333.

2) l. 9. §. 6. D. eod. l. 35. pr. D. de jurej. (12. 2.) l. 54. §. 5. l. 56. §. 4 D. de furt. (47. 2.) l. 20. D. de novat. (46. 2.)

3) arg. l. 12. §. 1. D. de adm. tut. (26. 7.) Gesterding im Archiv f. d. civ. Praxis. Bd. 4. Nr. 1.

4) s. §. 988 ff.

5) l. 50. D. de acq. hered. (29. 2.) Vgl. Brenkman de euremat. c. 8.

det, dessen Unterbrechung dem Mündel schädlich seyn würde: so findet gegen Letztern auch aus der Fortsetzung eines solchen Geschäftes, selbst ehe er oder der nachfolgende Vormund den Mandatar bestätigt hat, eine Klage Statt [1]). — Ueber Verfügungen des Vaters oder Testators, welche dem Zweck einer vortheilhaften Administration widersprechen, kann der Vormund sich, auch ohne bei Gericht vorläufig anzufragen, hinwegsetzen [2]); war die Anordnung aber gerichtlich getroffen, so kann sie auch nur mit Bewilligung des Gerichtes abgeändert werden [3]). Das Röm. Recht geht überhaupt von dem Grundsatze aus, daß dem Vormunde in der Verwaltung des Vermögens seiner Mündel, innerhalb der gesetzlichen Schranken, zu thun erlaubt ist, was er will, so lange er ehrlich handelt, daß er entgegengesetzten Falles aber aufhört, domini loco zu seyn [4]). Ist dieser Grundsatz durch die vermehrte Controle der Obervormundschaft bei uns einigermaßen verändert: so hat auf der andern Seite die Praxis dem Vormunde ein größeres Recht eingeräumt, als er bei den Römern hatte. Bei diesen konnte er einen Procurator zur Vertretung des Pflegbefohlnen bei dritten Personen nur dadurch bestellen, daß er in die von Seiten des Mündels geschehende Bestellung einwilligte [5]); der Vormund allein war dazu nicht [6]) ermächtiget, außer wenn er, im Falle seiner Behinderung, mit Bewilligung der Obrigkeit, einen adjutor (im Pro-

1) arg. l. 17. §. 2. fin. D. de instit. act. (14. 3.)

2) l. 5. §. 9. D. de admin. tut. (26. 7.) Doch wird in allen solchen Fällen eine Anfrage bei der Obervormundschaft für den Vormund räthlich seyn. l. 2. §. 3. D. ubi pup. educ. deb. (27. 2.)

3) l. 2. §. 2. D. eod.

4) Gundlingiana 29, §. 6. p. 368. l. 12. §. 1. D. de adm. tut. (26. 7.)

5) l. 11. C. de proc. (2. 13.) l. un. C. de act. tut. dando (5. 61.)

6) l. 31. §. 6. D. de neg. gest. (3. 5.)

ceſſe actor) wählte [1]). In Deutſchland wird das dem Pfleglinge zuſtehende Recht der Beſtellung eines Procurators ohne Zweifel auch dem Vormunde eingeräumt. — Beſchränkter als andre Vormünder ſind in der Dispoſition die curatores bonorum, welche bloß die custodia und den Verkauf der Güter zum Zwecke der Aufbewahrung des Werthes und der Aushändigung deſſelben an die Berechtigten haben [2]).

II. Beſchränkungen der Rechte des Vormundes.

A. In Rückſicht der Ausübung einer Freigebigkeit.

§. 760.

Im Allgemeinen verſteht ſich von ſelbſt, daß der Vormund auf Koſten des Pflegbefohlnen nicht freigebig ſeyn und Geſchenke machen darf; hat jener ſich dergleichen erlaubt, ſo ſind ſie als nicht aus des Mündels Vermögen entnommen zu betrachten und können alſo nicht in der Vormundſchaftsrechnung angeſetzt werden [3]). Auch darf der Tutor oder Curator aus Liberalität bei Vergleichen, welche er in Sachen ſeines Mündels abſchließt, nichts ſchwinden laſſen [4]). — Von dieſen Regeln gelten jedoch

1) §. 6. I. de curat. (1. 23.) l. 13. §. 1. D. de tut. (26. 1.) l. 24. pr. D. de admin. tut. (26. 7.)

2) l. 48. D. eod. l. 1. §. 4. D. de muner. (50. 4.) Donell. comm. lib. 3. c. 23.

3) „Donationes ab eo factae pupillo non nocent.“ l. 22. D. de adm. tut. (26. 7.) Cf. l. 12. §. 3. l. 13. §. 2. D. eod. l. 16. C. eod. (5. 37.)

4) l. 46. §. 7. D. eod. „diminuendi causa transigere“ giebt aus der Zuſammenſtellung mit donare keinen andern Sinn als den eines Vergleiches, welcher aus Liberalität gegen die andre Partei von dem Vormunde nicht dem Vortheile ſeines Mündels gemäß abgeſchloſſen wird. Selbſt ein gerichtliches Bewilligungsdecret wird den Vormund dabei nicht gegen den Regreß des Mündels oder des vom Mündel ungeachtet des Vergleiches (ſ. l.

Ausnahmen, welche von einem gesetzlich anerkannten Anstande, innerhalb bestimmter Grenzen, abhängig gemacht sind. Denn a) der Vormund soll Namens des Mündels diejenigen herkömmlichen Gelegenheitsgeschenke machen dürfen, welche nach Sitten und persönlichen Verhältnissen unvermeidlich sind [1]). b) Wenn der oder die Pflegbefohlne heirathet, so soll der Vormund eine donatio propter nuptias oder eine dos geben; und wenn Kinder des Curanden heirathen [2]), gilt dasselbe. Eine donatio propter nuptias kann von der eine Mitgift gebenden Frau rechtlich verlangt werden [3]); eine dos zu constituiren, ist die Curandin oder für sie der Curator zwar nicht eigentlich schuldig, aber es nützt doch derselben und ist dem Anstande gemäß [4]). Wenn der Vormund die Bestellung solcher Heirathsgüter von dem Gelde, das er in den Händen hat und verwaltet, bestreiten kann, bedarf er zu der Constitution der donatio propter nuptias und der dos kein obervormundschaftliches Decret (nach gemeinem Rechte); wenn er zu diesem Zwecke aber Sachen der Curanden verkaufen müßte, um daraus zuvor das erforderliche Geld zu lösen: so hat er [5]) eine gerichtliche Untersuchung der Um-

cit.) ausgeklagten Gegners sichern können, sofern gegen den Vormund bewiesen wird, er habe aus Liberalität zu viel aufgeopfert.

1) „*Solennia* munera parentibus cognatisque mittet.“ l. 12. §. 3. D. eod. Diese Erlaubniß ist aber bloß auf die perquam necessaria numeratio eingeschränkt. l. 1. §. 5. D. de tut. et rat. (27. 3.)

2) l. 5. §. 3. D. de jure dot. (23. 3.)

3) Vgl. §. 694.

4) l. 60. l. 61. D. de jure dot. (23. 3.) l. 52. D. de adm. tut. (26. 7.), welche Stelle auch der Hochzeitskosten erwähnt, welche der Curator der Braut geben müsse, wenn sie erforderlich seyen; was doch auch nicht als nothwendige Ausgabe betrachtet und auf das äußerste Bedürfniß beschränkt werden kann. — l. 9. C. eod. l. 28. C. de jure dot. (5. 12.)

5) l. 22. C. de adm. tut. (5. 37.) verba: „praecipimus itaque, ut haec omnia“ etc.

stände zu veranlassen und ein Veräußerungsdecret zu erbitten. c) Der Vormund ist den Personen Alimente zu reichen verpflichtet, welchen sie der Mündel schuldig ist; und man kann dieß offenbar keine Liberalität im eigentlichen Sinne nennen. Jedoch darf der Vormund einen Schritt weiter gehen und Geschwistern des Pflegbefohlnen, denen er also Alimente eigentlich nicht schuldig ist, sie dennoch geben, ohne einer fehlerhaften Liberalität beschuldigt zu werden [1]). d) Auch darf er des Mündels vollbürtigen, und Halbschwester vom Vater her, eine dos constituiren, ohne daß er dazu verpflichtet ist [2]). — In allen diesen Fällen wird der Vormund gut thun, wo er bedenklich ist, die Obervormundschaft entscheiden zu lassen [3]); wobei er jedoch stets auch zu berücksichtigen haben wird, daß er wegen solcher in dringenden Fällen versäumter Pflichten auch zur Rechenschaft gezogen werden kann und von den Vorwürfen des Mündels nichts zu fürchten hat, wenn er so nahe verbundenen Verwandten desselben mit dem Nothwendigsten geholfen hat [4]).

B. In Rücksicht der Veräußerungen [5]).

§. 761.

Unter Septimius Severus und Antoninus

1) l. 13. §. 2. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 4. D. ubi pup. educ. deb. (27. 2.) Vgl. oben §. 642. S. 18. Note 5. — l. 1. §. 2. 4. D. de tut. et rat. (27. 3.) beschränken dieß auf dringende Fälle.

2) l. 12. §. 3. D. de adm. tut. (26. 7.) Hasse Güterrecht der Eheg. nach R. R. §. 100.

3) „Nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor sit ad diminuendum, *decreto scilicet interveniente.*“ l. 1. §. 2. D. de tut. et rat. (27. 3)

4) ibid.: „quin imo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit.“

5) Haubold histor. jur. civ. Rom. de rebus eorum qui

Caracalla wurde ein Senatusconsult gegeben, daß den Tutoren und Curatoren verboten sey, die ihren Pflegbefohlnen gehörenden praedia rustica und suburbana zu veräußern [1]); was man auf die Veräußerung durch Bestellung von jura praediorum und durch Aufgebung derselben ausdehnte [2]). Constantin [3]) erstreckte das Veräußerungsverbot auf alle andern der Aufbewahrung fähigen und nicht gerade zu überflüssigen Gegenstände. Diese Vorschriften gelten nicht bloß von den Vormündern der Minderjährigen und Unmündigen, sondern auch von allen andern [4]). Der Begriff der Veräußerung (alienatio) ist hier, im weitern Sinne, nicht bloß von jedem Verkaufe, Tausche und einer solchen Handlung zu verstehen, durch welche der veräußerte Gegenstand sofort in das Eigenthum eines Andern übergehen soll; sondern es ist darunter jede Aufhebung eines dinglichen Rechts [5]) zu verstehen. Dahin gehört Verpfändung [6]); Errichtung einer Servitut für Fremde an dem verwalteten Vermögen, oder Aufhebung einer dem Mündel zuständigen Servitut oder Einräumung einer Emphyteuse an Jemand [7]); endlich auch das Ausschlagen eines schon erworbenen Gewinnes, wie eines Vermächt-

sub tut. v. cura sunt, sine decreto non alienandis. Zimmern Gesch. des Röm. Privatr. Thl. 1. §. 246.

1) l. 1. §. 2. D. de rebus eor. qui sub tut. (27. 9.) cf. l. 5. § 2. 3. D. eod.

2) l. 3. §. 4. seqq. l. 5. pr. §. 1. D. eod.

3) l. 22. C. de admin. tut. (5. 37. l. ult. C. quando decr. (5. 72.)

4) l. 8. §. 1. l. 11. D. de rebus eorum qui sub tut. (27. 9.) l. 2. C. de cur. furios. (5. 70.)

5) l. 7. D de rebus eorum qui sub tut. (27. 9.) l. 4. l. 15. l. 17. C. de praed. et aliis reb. min. (5. 71.) „neque transactionis ratione, neque permutatione et multo magis donatione, vel alio quoquo modo ea transferre sine decreto a dominio suo possunt.“

6) l. 1. §. 4. l. 7. §. 5. l. 13 §. 1. D. de rebus eor. qui s. t. (27. 9.)

7) l. 3. §. 4. 5. D. eod.

nisses [1]). — Die Veräußerung ist nun zwar erlaubt, wo sie gleichsam von einer nützlichen Verwaltung vorgeschrieben wird, nämlich: bei allen zum Vermögen gehörigen alten unnützen Kleidern und Geräthschaften, verderbenden Sachen, überflüssigen Thieren und den sämmtlichen Früchten; diese soll der Vormund selbst ohne gerichtliche Erlaubniß zu Gelde machen dürfen [2]). Alle andern Gegenstände, sie seyen unbeweglich oder beweglich, soll der Vormund nicht ohne Noth veräußern, und auch im Falle solcher eintretender Noth darf er es nur auf den Grund eines richterlichen Decrets [3]). Den in der Praxis nicht selten angenommenen Grundsatz, als dürfe der Vormund überhaupt alle beweglichen Sachen veräußern, kann man durch nichts rechtfertigen [4]). — Hat ein Testator dem Mündel Sachen hinterlassen und diese im Testamente den Vormündern zu veräußern verboten: so stehen sie den gesetzlich unveräußerlichen gleich [5]). — Etwas Besonderes ist, daß auch diejenigen Realrechte, welche ein die Sache auf den Pflegbefohlnen übertragender Contrahent, sich vorbehält, z. B. das Pfandrecht, das sich bis zu Bezahlung der Kaufgelder der Verkäufer ausbedingt, ebenfalls als gegen die verbotene

1) l. 5. §. 8. D. eod. Daß der Gewinn schon erworben seyn müsse, ist wesentlich und liegt in den Worten „cum res sit pupilli.“ — l. 7. C. de praed. et aliis reb. (5. 71.)

2) l. 22. fin. l. 28. §. 5. C. de adm. tut. (5. 37.) l. 4. C. quando decreto (5. 72.)

3) l. 1. pr. §. 2. D. de rebus eorum q. s. t. (27. 9.) l. 22. C. de adm. tut. (5. 37.) R. = P. = O. v. 1577. Tit. 32. §. 3. „daß er — die Güter nit in seinen eigenen Nutzen kehren oder wenden, noch dieselbigen ohn Vorwissen, Erkantnus und Decret der Oberkeit veräußern, verpfänden, oder beschweren.“ —

4) Lauterbach de alienatione rerum quae minorum sunt (Diss. acad. T. 1. Nr. 7.) §. 41.

5) l. 2. C. de usucap. pro hered. (7. 26.) Unterholzner, Entw. der g. Verjährungslehre. Thl. 1. S. 134 ff.

Veräußerung anstoßend betrachtet wird und ungültig ist [1]); ausgenommen, wenn der minderjährige Acquirent vom Fiscus kauft, oder von der Obrigkeit die Bewilligung des reservirten Rechtes erwirkt. Die Praxis in Deutschland scheint diesen, wohl schon dem Röm. Juristen zweifelhaften [2]) Satz nicht angenommen zu haben. — Das Decret der Obrigkeit, welches die Veräußerung erlaubt (decretum de alienando, de oppignorando), muß bei Strafe der Nichtigkeit folgende Eigenschaften haben: a) Daß es von dem Gerichte abgegeben ist, welches die Obervormundschaft führt [3]). Bei Gütern, welche nicht in deren Gerichtskreis liegen, fordert das Röm. Recht [4]) nur von dem Richter des Ortes das Veräußerungsdecret, wo die Güter belegen sind; unsere Praxis aber fordert es (wohl einstimmig) nur von der Obervormundschaft, und läßt den Richter der belegenen Sache von dem Decrete benachrichtigen, sofern nicht mehrere Obervormundschaften fungiren. b) Das Decret, zu veräußern, darf nur auf Gründe der Nothwendigkeit sich stützen, nicht etwa des anscheinenden oder selbst des gewissen Nutzens wegen ertheilt seyn [5]); und es muß zu den obervormundschaftlichen Acten beurkundet werden, daß die Veräußerungsbewilligung erst auf wirklich angestellte causae cognitio gegeben worden. Der Magistrat muß dabei genau untersuchen, ob die Veräußerung nothwendig, und

1) l. 1. §. 4. l. 2. D. de reb. eor. qui s. tut. (27. 9.)

2) l. 2. init. D. cit. Da bei uns die Obervormundschaft den Vormund bei Weitem mehr, als bei den Römern, controlirt, kann die Abweichung der Praxis hierbei von dem Römischen Buchstaben nicht bedenklich gefunden werden.

3) l. 5. §. 12. D. eod.

4) l. 16. C. de praed. et aliis reb. (5. 71.)

5) l. 12. C. eod. l. 5. §. 14. D. de reb. eor. q. sub tut. (27. 9.) Struben, R. Bed. Thl. 2. Bed. 104. (Spangenberg's Ausgabe Thl. 1. S. 127 ff.)

auf welche Weise [1]) sie am zweckmäßigsten einzurichten ist [2]). c) Endlich darf das Decret nicht durch Vorspiegelung falscher factischer Umstände erschlichen seyn, widrigenfalls es der Mündel nachmals nicht als gültig bestehen zu lassen braucht, sondern sowohl das Veräußerte, als sey es ohne obrigkeitliches Decret veräußert, vindiciren, als gegen den Vormund klagen kann [3]). Doch muß dann der Mündel den Beweis des Erschleichens führen. — Eine öffentliche Versteigerung an den Meistbietenden zu verfügen, ist im gemeinen Rechte nicht vorgeschrieben; wenn aber die Obervormundschaft sich überzeugt hält, daß durch dieß Mittel ein höherer Verkaufspreis erlangt werde: so hat sie das Recht und die Pflicht, es dem Vormunde vorzuschreiben [4]). — Ueber die Beweislast [5]), wenn die Veräußerung von dem Berechtigten als unerlaubt angefochten wird, s. folgenden Paragraph.

Fortsetzung.

§. 762.

Ist aus dem Vermögen des Pflegbefohlnen ohne Decret eine dasselbe bedürfende Veräußerung geschehen, so ist sie null und nichtig; das übertragene Recht geht also dadurch nicht auf den Empfänger über [6]). Daraus folgt,

1) Das heißt besonders: welche Sachen am zweckmäßigsten, als entbehrlichere, zu veräußern seyen, um den vorliegenden Zweck zu erreichen. Sollte in dieser Wahl geirrt seyn, so ist die Veräußerung deßwegen nicht null.

2) l. 5. §. 9 — 11. l. 7. §. 4. D. eod. Nach geschehener Veräußerung muß die Obervormundschaft zugleich auf die Verwendung der für die veräußerte Sache eingekommenen Gelder zu dem beabsichtigten Zwecke sehen. l. 5. §. 13. D. eod.

3) l. 5. §. 15. D. eod.

4) arg. l. 7. §. 4. D. eod.

5) l. 2. C. si quis ignorans rem min. (5. 73.) Weber v. d. Beweisf. VI. Nr. 32.

6) l. 8. l. 11. l. 15. l. 16. C. de praed. et aliis reb. min. (5

daß der Mündel die Befugniß hat, die fehlerhaft veräußerten Sachen oder Rechte von jedem Dritten zu vindiciren [1]). Die Nichtigkeit tritt auch dann ein, wenn zwar ein Decret ertheilt, aber erschlichen ist [2]), oder der Vormund die Gränzen der richterlichen Bewilligung nicht beobachtet, z. B. verpfändet hat, wo er zu verkaufen ermächtiget war [3]). Aber die Nichtigkeit einer fehlerhaften Veräußerung von Seiten des Vormundes ist nicht absolut, sondern nur relativ; bloß der Mündel kann sie angreifen, nicht der andre Contrahent, denn sie ist bloß zum Vortheile des Mündels in den Rechten aufgestellt. — Ueber die Früchte, welche die falsch veräußerte Sache nach der Veräußerung bis zur Vindication getragen, und über die mittlerweile auf sie verwandten Auslagen gelten im Allgemeinen die bei der Vindication [4]) eintretenden Regeln. Ist der Innehaber, wie in den meisten Fällen aus den Umständen sofort erhellen wird, ein malae fidei possessor, so muß er alle Früchte erstatten [5]); sonst nur die, welche der gutgläubige Besitzer wieder herausgeben muß. Vom Kaufpreise erstattet der Mündel nur soviel, wie seinem Vermögen zu Nutze gekommen ist; diesen Betrag aber allerdings mit Zinsen [6]) für die Zeit, in welcher das bezahlte Kaufgeld dem Mündel genutzt hat. — Die Frage, wer bei der Vindication des veräußerten Gutes den Beweis führen müsse, ob der

71.) l. 1. fin. C. si quis ignorans rem min. (5. 73.)

1) l. 3. C. eod. l. 5. §. 15. D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.) l. 4. l. 16. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.)

2) l. 5. §. 15. D. cit. l. 5. C. de praed. et al. (5. 71.)

3) l. 7. §. 3. D. eod.

4) Vgl. §. 272—274.

5) l. 32. §. 5. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 16. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.) l. 2. C. si quis ignor. rem min. (5. 73.)

6) l. 32. §. 4. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 13. D. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.) l. 10. l. 14. l. 16. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.)

Mündel den der mangelnden Gesetzmäßigkeit (also den der Nichtigkeit) der Veräußerung, oder der andre Contrahent den der Gültigkeit des Vertrags, ist, genau betrachtet, leichter zu beantworten, als man bei verfehlter Unterscheidung der Umstände gemeint hat. Steht es fest, daß die Veräußerung, welche der Vindicant anfechten will, in Gemäßheit richterlicher Ermächtigung geschehen ist; und wird aber daneben vom Mündel behauptet, das Decret sey unecht, oder erschlichen, oder leide sonst an einem wesentlichen Fehler: so muß er selbst diese Mangelhaftigkeit des vorhandenen Decrets beweisen, denn richterliche Verfügungen haben die Präsumtion der Gesetzmäßigkeit für sich [1]). Ganz anders verhält sich die Sache, wenn streitig ist, ob ein die Veräußerung bewilligendes richterliches Decret vorhanden gewesen und nach demselben gehandelt worden ist. Klagt in diesem Falle der Mündel aus seinem Eigenthum oder sonstigen Realrechte, so muß er, falls und soweit dieß ihm abgeleugnet wird, beweisen, es sey das seinige. Ist dieser Beweis aber geführt oder dessen Inhalt zugestanden, so muß der Gegner, welcher die Gültigkeit der Veräußerung behauptet, die vom Mündel geleugnet wird, diesen abgeleugneten Umstand darthun. Dieß folgt theils aus den allgemeinen Grundsätzen über die Last des Beweises für denjenigen, der Etwas behauptet hat, was gegentheils abgeleugnet wird; theils aus der feststehenden Regel, daß, wer einen an sich beharrlichen Zustand, z. B. sein Eigenthum, bewiesen hat, die Fortdauer desselben nicht darzuthun braucht. — Klagt jedoch der Mündel nicht eigentlich bloß vindicirend, sondern verlangt wegen der Nichtigkeit des Verkaufs dessen Aufhebung: so braucht er

1) l. 1. §. 2. l. 5. §. 15. D. eod. (27. 9.) l. 5. C. eod. (5. 71.)

zwar nicht sein Realrecht am Veräußerten zu beweisen, dagegen muß er die Nichtigkeit der Veräußerung darthun [1]). — Uebrigens braucht der Mündel den andern Contrahenten gar nicht in Anspruch zu nehmen, falls er vorzieht, vom Vormunde Entschädigung zu fordern; in welchem Falle die Veräußerung convalescirt und nicht weiter angefochten werden kann [2]). — Außer der nach beendigter Vormundschaft erfolgten Ratihabition [3]) wird die Nullität der Veräußerung noch geheilt, wenn die Obervormundschaft hinterher, nach gehöriger causae cognitio durch ein Decret die anfänglich ungültige Veräußerung bestätiget. Denn wenngleich unsere Quellen darüber nichts sagen, wird es doch daraus folgen, daß das Veräußerungsverbot bloß zum Nutzen des Mündels gegeben ist; mithin, wenn nachmals dieser Nutzen noch erhellet, die Obrigkeit, solange sie das Amt der Obervormundschaft noch verwaltet, die verspätete Ermächtigung noch mit Erfolg ertheilen kann. — Auch durch den Zeitverlauf convalescirt die verbotene Veräußerung; nämlich wenn der gutgläubige Besitzer nach eingetretener Volljährigkeit des bisherigen Mündels [4]) 10 Jahr unter Gegenwärtigen oder 20 Jahr unter Abwesenden [5]), das durch Schenkung erworbene Gut unangefochten inne gehabt hat. Diese Zeit ist seit Justinian für den Fall eines mittelst onerosen Vertrags erworbenen Gutes auf 5 Jahr bestimmt [6]). — Hat der Mündel die Veräu-

1) Diesen Fall scheint l. 2. C. si quis ignorans rem min. (5. 73.) vorauszusetzen; „si ita probaveris *gestum*."

2) l. 5. §. 15. l. 10. D. de rebus eor. qui sub tut. (27. (9.

3) l. 10. D. cit. l. 1. l. 2. C. si maj. fact. ratum hab. (2. 46.)

4) Und nachdem dieser von der Veräußerung Kunde haben kann!

5) l. 1. l. 4. C. si quis ignor. rem min. (5. 73.) v. Bülow, Abhandl. über einzelne Materien des Röm. Rechts. Thl. 1. Nr. 10.

6) l. 6. C. si major fact. alien. rat. (5. 74.)

ßerung durch einen Eid bekräftiget, so ist sie gültig [1]); desgleichen wenn der veräußernde Vormund des Mündels oder dieser jenes Erbe geworden ist [2]). — Veräußerungen der Güter von Minderjährigen, die keinen Vormund haben, folgen der allgemeinen Regel des Verbots. Die Volljährigkeitserklärung macht darin keinen Unterschied [3]). — Als Ausnahmen von dem allgemeinen Veräußerungsverbote (abgerechnet die oben berührten wegen zweckmäßiger Administration zu veräußern speciell erlaubter Sachen) sind bloß folgende Fälle zu betrachten: a) Wenn eine rechtliche Schuldigkeit eintritt, eine bestimmte Sache zu veräußern [4]), wo also nicht freiwillig vom Vormunde veräußert wird. Dieß tritt unter andern ein, wenn die parentes des Mündels die Veräußerung letztwillig angeordnet [5]), oder wenn der socius auf Aufhebung der communio dringt [6]), oder wenn der Pfandgläubiger des Mündels sein Recht geltend macht [7]). b) Wenn der Regent die Veräußerung [8]) erlaubt, gilt sie. c) Desglei-

1) l. 1. C. si adversus venditionem (2. 28.) Auth. Sacramenta puberum etc. ibid.

2) l. 14. C. de R. V. (3. 32.) l. 3. C. de reb. alien. non alienandis (4. 51.) l. 14. C. de eviction. (8. 45.)

3) l. 3. C. de his qui veniam aet. (2. 45.) Daher steht in den vorsichtig abgefaßten Volljährigkeitserklärungen auch bloß, „daß dem Minderjährigen erlaubt seyn solle, alles Dasjenige für sich allein vorzunehmen, was er sonst nur mit Consens des Vormundes habe verrichten können.“ Dazu gehören aber die verbotenen Veräußerungen nicht.

4) l. 3. §. 2. 3. l. 5. §. 4. 7. D. de rebus eorum q. s. tut. (27. 9.) l. 1. C. quando decret. (5. 72.)

5) Jedoch auch, wenn diese es nur gestattet haben. l. 1. §. 2. l. 14. D. eod. (27. 9.) l. 3. C. quando decr. (5. 72.)

6) l. 1. §. 2. fin. D. cit. l. 8. fin. D. eod. Wobei vorausgesetzt wird, daß der auf Aufhebung der Communion dringende Gesellschafter selbst major ist und also seinerseits veräußert werden kann. l. 17. C. de praediis et aliis reb. min. (5. 71.)

7) l. 1. §. 2. fin. l. 7. §. 1. D. cit. l. 2. C. de praediis et aliis reb. min. (5. 71.)

8) l. 2. C. quando decreto op. non est (5. 72.)

chen, wenn der Vormund eine gerichtliche Caution für den Mündel durch Pfänder bestellen muß und dem zufolge die erforderliche Verpfändung vornimmt [1]). d) Wenn er eine dem Mündel verpfändete Sache auf den Grund dieses Pfandrechtes zu Erlangung der Forderung verkauft [2]), liegt keine Nullität vor. Wenn der Mündel aber mit einem jure dominii den verhypothecirten Gegenstand sich reservirt oder gesichert hat: so ist die Veräußerung nicht erlaubt; denn er wird in diesem Falle als **res pupilli** betrachtet. e) Endlich findet das Verbot nicht Statt, wenn eine Verpfändung für ein Darlehn geschiehet, welches zur Bezahlung einer andern entsprechenden, dem Gläubiger durch Hypothek gesicherten Schuld aufgenommen und verwandt wird [3]).

C. In Rücksicht der Annahme von Zahlungen.

§. 763.

Nach älterm Röm. Rechte konnte der Vormund, ohne der Bewilligung der Obervormundschaft zu bedürfen, überhaupt alle Zahlungen für den Pflegbefohlnen annehmen und den Zahlenden liberiren. Justinian aber hat verordnet, daß Capitalzahlungen von Belang nur auf obrigkeitliche Ermächtigung des Vormundes diesem gültig geleistet werden können [4]); vermuthlich deßwegen, damit die Ober-

1) l. 28. §. 3. C. de adm. tut. (5. 37.)

2) l. 5. §. 3. D. de reb. cor. qui sub tut. (27. 9.) „Hunc enim quasi debitoris, hoc est, alienum vendunt.

3) l. 7. §. 5. 6. D. eod.

4) l. 25. l. 27. C. de adm. tut. (5. 37) redet ihrem ganzen Geiste nach nur von beträchtlichen Zahlungen, da sie die ex reditibus vel ex pensionibus, vel *aliis hujusmodi causis* ausnimmt. §. 2. I. quib. alien. lic. vel non (2. 8.) — Diese Stellen reden nur von den Vormündern der Pupillen und Curatoren und es ist daher sehr die Frage, ob sie auf andre Curatores auszudehnen seyn dürften; doch scheint die Praxis darüber nicht zweifelhaft zu seyn.

vormundschaft jederzeit von Eingehung der Capitale unterrichtet und dadurch in den Stand gesetzt sey, deren Sicherheit im Auge zu behalten. Das Decret der Bewilligung zur Zahlungsannahme soll sportelfrei (sine omni damno) ausgefertigt [1]) werden. — Bei Einkünften, Miethgeldern, Zinsen und ähnlichen Zahlungen ist die Bewilligung nicht erforderlich; der Vormund liberirt durch seine Quitung darüber den Bezahlenden; aber wenn eine eingehende Zinszahlung 100 Aurei übersteigt und von mehr als zwei Jahren in Rückstand geblieben sind, soll die gerichtliche Annahmeerlaubniß zuvörderst vom Vormunde ausgewirkt werden, damit er den Zahlenden liberiren könne [2]). — Hat mit Vernachlässigung der Bestimmungen über die Zahlungsannahme der Vormund sich dennoch zahlen lassen, so braucht der Mündel dieß nur dann gelten zu lassen, wenn die Zahlung ihm zu Gute gekommen ist (in rem versum); die Einrede des Dolus steht dann seiner Klage auf nochmalige Zahlung entgegen [3]). — Anzunehmen, der Mündel könne nur in integrum restitutio gegen eine nicht bewilligte Zahlung suchen und diese sey also nicht an sich nichtig, ist ein Irrthum [4]); was praktisch wichtig wird, wenn man erwägt, daß gegen den auf nochmalige Zahlung klagenden Mündel nach der richtigen Meinung der Schuldner beweisen muß, er habe gültig bezahlt oder die Zahlung sey dem Klagenden zu Gute gekommen, während im Falle der Nothwendigkeit einer Restitution des Mündels dieser beweisen müßte, es sey ungültig gezahlt worden und

1) l. 25. C. cit.
2) l. 27. C. eod.
3) §. 2. I. cit. verb.: „Sin autem aliter, quam disposuimus“ etc.
4) Die dafür citirte l. 1. C. si advers. solut. (2. 33.) ist vom Jahre 294 und durch die ausdrücklichen Verordnungen, l. 25. u. l. 27. C. de adm. tut. (5. 37.) vom Jahre 531 beseitiget.

er sey wegen nicht in sein Vermögen gekommener Leistung lädirt.

D. In Rücksicht der Geschäfte mit dem Pflegling.

§. 764.

Ein Geschäft zwischen dem Mündel und dem Vormunde ist, da jener zu Rechtsgeschäften des Beistandes des Letztern bedarf, wie ein Geschäft des Vormundes mit sich selbst anzusehen. Daher darf er und jede durch väterliche Gewalt mit ihm verbundene Person [1]) mit dem Pflegling kein Geschäft eingehen [2]), widrigenfalls der Vormund das, was er empfing, zurückgeben, und noch außerdem das Vierfache ersetzen muß [3]), während der Pflegling nur herausgiebt, was er noch in Händen hat [4]). Indessen darf der Vormund a) durch Besorgung der vormundschaftlichen Angelegenheiten folgeweise die seinigen mit besorgen [5]); b) in das Vermögen des Pfleglings zahlen, was er schuldig ist, und herausnehmen, was er aus der Vormundschaftsführung zu fordern hat [6]); c) von dem Pfandgläubiger die verpfändeten und jure pignoris ausgebotnen Sachen des Pfleglings kaufen [7]); d) aus einer öffentlichen Versteigerung Eigenthum des Mündels an sich bringen [8]);

1) l. 1. pr. l. 5. §. 6. l. 7. pr. §. 2. D. de auct. tut. (26. 8.) Tutor in rem suam auctor esse non potest. §. 3. I. de auctor. tut. (1. 21.) l. 18. l. 22. D. eod. (26. 8.) l. 1. §. 13. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) Doch macht davon nach Röm. Rechte die Restitution einer Erbschaft von Seiten eines mündigen Minderjährigen an seinen Curator eine einzelne, aus besonderer Begünstigung des Fideicommisses hergeleitete Ausnahme.

2) l. 34. §. 7. D. de contr. emt. vend. (18. 1.)

3) l. 46. D. eod.

4) l. 5. pr. D. de auct. tut.

5) l. 1. pr. D. eod.

6) l. 9. §. 4. 5. D. de adm. tut. (26. 7.) cf. Nov. 72. c. 2.

7) l. 5. §. 5. D. de auct. tut.

8) l. 2. §. 8. D. pro emtore (41. 4.) l. 5. C. de contr. emt. vend. (4. 38.)

e) in ein Geschäft eintreten, welches der Dritte dem Pflegling zu halten weigert [1]); f) mit einem schon vorhandenen [2]), oder dazu angesetzten Mitvormunde contrahiren [3]). Indessen muß in allen diesen Fällen der Vormund bona fide zu Werke gehen [4]), und die Sache nicht zu wohlfeil an sich bringen [5]). — Geschäfte, welche lediglich zum Vortheil des Mündels gereichen, darf der Vormund mit ihm eingehen, also z. B. ihm schenken [6]). — Die Bestimmung des neuern Rechts, daß selbst Cession von Forderungen gegen den Mündel an den Vormund, auch nach geendigter Vormundschaft, soweit die Forderungen schon vorher vorhanden waren, verboten sind, und daß solche cedirten Forderungen zum Vortheil des Mündels annullirt werden [7]), — trifft die Großmutter und Mutter, als Vormünderinnen, und die Administratoren des Fiscus oder der Gemeinden nicht.

Dritter Titel.

Von dem Erwerb von Rechten und Contrahirung von Verbindlichkeiten für den Pflegling.

I. Durch den Pflegling mit Zuziehung des Vormundes.

§. 765.

Durch den Pflegling mit Zuziehung des Vormundes können für jenen alle Rechte und Verbindlichkeiten entste-

1) l. 56. D. de adm. tut.
2) l. 5. pr. §. 2. l. 6. D. de auct. tut.
3) §. 3. I. eod. (1. 21.)
4) l. 5. §. 2—4. D. eod.
5) l. 2. §. 8. D. pro emtore.
6) l. 9. pr. D. de auct. tut. (26. 8.)
7) l. 12. D de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.) Nov. 72. c. 5. Mühlenbruch Cession d. Forderungsrechte. §. 32.

hen; nur wird hier vorausgesetzt: a) daß der Pflegling schon 7 Jahr alt ist, und den Gebrauch seiner Vernunft hat [1]); b) daß der Vormund der Handlung des Pfleglings beitritt, und zwar der Tutor mittelst der auctoritas, der Curator mittelst des consensus [2]); wogegen jede andere Handlung des Vormundes, welche nicht Beitritt ist, die gestio heißt [3]). Die auctoritas des Tutors im Gegensatz des consensus des Curators hat nach Röm. Rechte den Charakter der Feierlichkeit [4]), und muß von einem gegenwärtigen Tutor sofort und unbedingt erfolgen [5]), wenn er rechtliche Wirkung haben soll. In Deutschland nicht zwischen auctoritas und consensus unterscheiden, und auf Beide nur die allgemeinen Erfordernisse einer jeden Willenshandlung zur Anwendung bringen zu wollen, ist irrig, da es hierzu einen wissenschaftlichen Grund nicht giebt [6]).

II. Bloß durch den Vormund.

§. 766.

Der Vormund ist Stellvertreter des Pfleglings, und zwar in einem vorzüglichen Sinne, so daß er Eide für ihn schwören [7]), ihm ohne sein Wissen den Besitz und das Ei-

1) l. 9. D. de adq. hered. (29. 2.)

2) Inscr. D. de auctorit. et consensu tut. et cur. (26. 8.) l. 2. C. qui legitim. pers. (3. 6.)

3) Ulpiani Fr. XI. 25. In der Regel hängt es vom Vormunde ab, ob er mit dem Mündel oder ohne denselben handeln will. l. 1. §. 2—4. D. de adm. tut. (26. 7.) Nur solenne Handlungen muß er mit demselben vereint vornehmen, l. 90. pr. D. de acq. vel om. hered. (29. 2.) l. 37. §. 1. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) l. 5. C. de jure deliberandi (6. 30.)

4) l. 1. §. 2. D. de tut. (26. 1.) l. 19. D. de auct. tut.

5) l. 8. l. 9. §. 5. 6. D. eod. Weber zu Höpfner's Comm. üb. d. Instit. §. 207. Not. 3. §. 227. Not. 7.

6) A. M. ist Stryk U. M. P. XXVI. 8. 1. — Vgl. Höpfner a. a. O. §. 213.

7) l. 4. pr. D. de in litem jur. (12 3.)

genthum durch Besitz erwerben [1]), und statt seiner interpellirt werden kann [2]); allein im Ganzen steht er nicht viel höher, als jeder andere Procurator. Daher können a) alle Rechtsacte, welche nur von dem dominus selbst, und nicht von einem Procurator, zu besorgen stehen, auch nicht vom Vormund unternommen werden [3]); wenn nicht etwa wegen Unfähigkeit des Pfleglings selbst zu handeln, der Vormund ausnahmsweise dazu autorisirt ist [4]); dagegen man freilich nach fehlerhafter Praxis in Deutschland dem Vormund oft alles erlaubt, was nach Röm. Recht durch den Pflegling mit Zuziehung des Vormundes geschehen kann. b) Kann der Erwerb von Rechten für den Pflegling nur so geschehen, daß der Vormund sie für sich selbst erwirbt, und dann dem Pflegling wieder überläßt [5]), welcher indessen da, wo sich der Erwerb auf seine Angelegenheiten bezieht, auch ohne Cession actio utilis hat [6]). Auch hier befolgt man in Deutschland ein anderes Princip, daß nämlich der Vormund geradezu für den Pflegling Erwerbungen machen kann. c) Die eingegangenen Verpflichtungen treffen eigentlich bloß den Vormund [7]), was jedoch durch das neuere Recht dahin modificirt ist, daß in den Fällen, wo die Verpflichtung sich auf die Angelegenheiten des Pfleglings bezieht, gegen diesen actio utilis eintritt [8]), und der Vormund, in so weit er nur als solcher handelte,

1) l. 3. C. de adq. poss. (7. 32.)
2) l. 24. D. de V. O. (45. 1.)
3) l. 5. C. de jure delib. (6. 30.) l. 6. C. qui manum. non poss. (7. 11.)
4) l. 18. §. 2. C. de jure delib. l. 7. pr. C. ad SC. Treb. (6. 49.)
5) l. 9. pr. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 13. §. 10. D. de accept. (46. 4.) l. 5. C. quando ex facto tut. (5. 39.)
6) l. 2. pr. l. 9. pr. D. de adm. tut.
7) l. 5. §. 8. D. de const. pec. (13. 5.)
8) l. 2. pr. D. de adm. tut. (26. 7.)

liberirt wird [1]). Nimmt der Vormund bei einem Dritten für den Pflegling Etwas auf, so muß indessen die Version erfolgt seyn [2]), und vom Creditor erwiesen werden [3]). Auch in Rücksicht der Contrahirung von Verbindlichkeiten befolgt man in Deutschland in sofern ein anderes Princip, daß der Vormund die Verpflichtung geradezu auf den Pflegling stellen darf. Widerrechtliche Handlungen des Vormundes sollen dem Pflegling nicht schaden und nicht nützen [4]); daher dieser nicht daraus belangt werden kann [5]), aber auch herausgeben muß, was er aus dem Delicte des Vormundes in Händen hat [6]). Diejenigen Geschäfte, zu denen eine höchst persönliche Willenserklärung gehört, kann der Vormund für den Pflegling nicht eingehen, namentlich nicht testiren, nicht Ehe und Verlöbniß schließen, nicht adoptiren und emancipiren.

Vierter Titel.

Von der Beschränkung des Pfleglings durch den Vormund.

§. 767.

An dem Erwerb von Rechten wird der Pflegling, in sofern er die Fähigkeit dazu besitzt, durch den Vormund nicht gehindert [7]); dagegen kann er nicht alieniren, keine Zahlungen gültig leisten und empfangen [8]), und sich nicht

1) l. 2. pr. D. eod. l. 5. pr. §. 1. D. quando ex facto tut. (26. 9.) l. 1. C. eod. l. 15. C. de adm. tut. (5. 37.)

2) l. 3. C. quando ex facto tut.

3) arg. Nov. 120. c. 6. §. 3. A. M. sind Weber v. d. Beweisführung VI. Nr. 11. v. Glück's Pand. B. 12. §. 782. S. 52 – 55.

4) l. 3. l. 4. D. quando ex facto tut.

5) l. 61. D. de adm. tut.

6) l. 3. D. quando ex facto tut. l. 15. pr. D. dolo malo (4. 3.)

7) pr. I. de auct tut. (1. 21.)

8) §. 2. I. quib. alien. lic. (2. 8.) l. 29. D. de cond. ind. (12. 6.)

verpflichten, wenn er auch, abgesehen von dem Vormunde, das erforderliche Alter hätte [1]). Gehört das Geschäft des Pfleglings zu den Fällen der gegenseitigen Verbindlichkeit, so kann zwar der Pflegling, aber nicht der Gegner auf Erfüllung dringen [2]). Sollte aus Versehen kein Vormund bestellt seyn, so wird die Dispositionsfähigkeit des Minderjährigen, nur wenn er mündig ist, größer [3]). Dagegen entsteht auch ohne vormundschaftliche Zustimmung für den Mündel eine Verbindlichkeit aus seinen Delicten [4]), aus seiner auf die Leistung oder den Verlust Andrer gegründeten Bereicherung [5]), und aus Gründen, welche in einem Sachverhältniß, nicht in Handlungen des Mündels liegen [6]). Erstreckt sich die Vormundschaft bloß auf das Vermögen, so ist sie natürlich in Rücksicht der Person kein Hinderniß der Verpflichtung [7]).

Fünfter Titel.

Von dem gegenseitigen Verhältnisse mehrerer Vormünder.

I. Mehrerer gleichzeitiger Vormünder.

A. Ohne besondre Anordnung.

§. 768.

Es kann vorkommen, daß Einem Mündel mehrere

1) pr. I. de auct. tut. §. 1. I. quib. mod. re contr. obl. (3. 15.) l. 3. C. de in int. rest. min. (2. 22.) — l. 101. D. de V. O. Modestinus lib. 4. de praescr. Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. Cujacius ibid. Weber v. d. nat. Verb. §. 72. v. Glück's Pand. IV. 288. S. 71 ff.

2) pr. I. de auct. tut.

3) Struben's R. B. III. 111. Weber a. a. O. §. 73. v. Berg's Jur. Beob. u. Rechtsf. III. 27. (Vgl. übrigens Thl. 2. §. 413.)

4) l. 46. D. de O. et A. (44. 7.)

5) l. 5. pr. D. de auct. tut. (26. 8.) l. 2. C. de neg. gest. (2. 19.)

6) l. 46. D. de O. et A. Vgl. §. 372.

7) l. 20. D. de ritu nupt. (23. 2.) l. 8. C. de nupt. (5. 4.)

Vormünder zugleich bestellt werden, und dann entsteht die Frage, ob und wie die Administrations- und Aufseherge-schäfte unter ihnen vertheilt seyen. Es kann dabei vorkom-men, daß alle gleichzeitigen Vormünder neben einander ungetheilt die Vormundschaft führen und können die Ge-schäfte mit einander besorgen [1]); oder einer von ihnen wird als tutor gerens zur Führung der Angelegenheiten be-stimmt, während [2]) die übrigen nur Aufseher sind (tutores honorarii); oder jedem der Vormünder wird eine besondre Abtheilung der Geschäfte gegeben, für welche er gerens ist, während er für die übrigen Abtheilungen honorarius wird [3]); oder endlich wird die Verwaltung nach den Gegen-den, in denen sich die Güter des Mündels befinden, in abgesonderte Districte getheilt [4]), und jedem Districte ein Vormund vorgesetzt, den alsdann die andern Abtheilungen nicht angehen. Welche dieser Einrichtungen eintreten müsse, entscheiden die Umstände. Tritt keine besondre Anordnung ein: so haben alle gleichzeitigen Vormünder eines Mündels das Recht, gemeinschaftlich zu administriren. Aber es ist dabei zur Gültigkeit ihrer Handlung nicht nöthig, daß Alle daran wirklich Theil genommen haben; vielmehr reicht hin, daß Einer von ihnen bona fide gehandelt hat [5]). Die Andern haben aber gegen die bevorstehende Handlung des Thätigen ein Widerspruchsrecht [6]) (potior est conditio

1) l. 3. §. 7. 8. D. de adm. tut. (26. 7.)

2) l. 3. §. 1. 2. D. eod.

3) l. 3 §. 9. D. eod.

4) l. 4. D. eod.

5) Das ältere Recht unter-schied hierbei zwischen den Arten der Vormünder, was Justinian aufgehoben hat, l. 3. pr. l. 24. §. 1. D. eod. l. 4. init. D. de auct. tut. (26. 8.) l. 7. §. 3. D. de cur. fur. (27. 10.) l. 5. C. de auctor. praest. (5. 59.)

6) l. 7. §. 3. D. de cur. fur. (27. 10.) „Denique si praesens sit et vetet solvi, ve-tet venire, vel tradi, neque debitor liberabitur, neque em-ptor usucapiet.“

prohibentis). Kommt ein Geschäft vor, welches Beendigung der ganzen Vormundschaft nach sich ziehet, z. B. wenn der Pupill sich arrogiren zu lassen wünscht, so wird es durch die Einstimmung aller Vormünder zusammen bedingt [1]). — Wenn bei dem gemeinschaftlichen Verwalten der Geschäfte durch mehrere Vormünder etwas vernachlässiget wird: so haften dafür alle dem Mündel; jedoch so lange sie noch sämmtlich zahlungsfähig sind, nur jeder für seine Rata [2]); sobald aber ein zahlungsunfähiger darunter ist, müssen die übrigen dessen Rata auch übernehmen, da ihrer Aller Nachlässigkeit an dem ganzen Verluste des Mündels Schuld ist (cum singulorum contumacia pupillo damnum in solidum dederit). Ist aber bei einer solchen Administration nicht durch Nachlässigkeit geschadet, also Nichts versäumt, sondern etwas Schädliches gethan: so haften die sämmtlichen Vormünder, wenn sie gemeinschaftlich gehandelt haben, ein jeder fürs Ganze, haben jedoch die Wohlthat der Theilung und der Klagenabtretung [3]). Hat Einer allein schädliche Handlungen vorgenommen: so muß dieser zuerst ausgeklagt werden und die Uebrigen haben in Rücksicht auf ihn das beneficium excussionis [4]). Ist dann aber der zuvörderst

1) „Ut quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur.“ — l. 5. C. de auct. praest. (5. 59.)

2) l. 38. pr. §. 1. l. 55. §. 3. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 2. C. si tut. v. cur. non gesserit (5. 55.)

3) l. 1. §. 10—13. D. de tut. et rat. (27. 3.) l. 6. fin. C. arb. tut. (5. 51.) l. 2. C. de dividenda tut. (5. 52.) Diese beiden Coderstellen erwähnen des beneficii divisionis zwar nicht, sondern bloß des beneficii cedendarum actionum; doch schließen sie jenes nicht aus und können daher von der Regel verstanden werden, welche eintritt, wenn der beklagte Vormund sich der Einrede, er wolle zuvor die Wohlthat der Theilung in Anspruch nehmen, nicht vorwendet.

4) l. 39. §. 11. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 8. C. eod. (5. 37.) l. 6. C. arb. tut. (5. 51.) verb.: „tutores, qui gesserunt, sive eorum heredes, ob ea ne-

Belangte nicht zahlungsfähig: so haften wiederum die übrigen auf das Ganze und können dann ebenfalls die Wohlthat der Theilung und der Klagenabtretung in Anspruch nehmen [1]). — Besondere Umstände und Verhältnisse führen hierbei noch zu einigen andern bemerkenswerthen Regeln. Hat ein Vormund seinem Mitvormunde zur Führung der Administration Auftrag gegeben, oder hat er sich vom eigentlich verwaltenden Mitvormunde (gerens), als er diesem die Administration überließ, zur Abwendung aller Gefahr Bürgschaft stellen lassen, so soll er selbst wie ein tutor gerens haften und hat das beneficium excussionis nicht [2]). — Haftet nach den vorgetragenen Sätzen einer von mehreren Vormündern nur auf allen Fall für den andern, so ist jener frei, wenn der eigentlich haftende beim Ende der Vormundschaft noch zahlungsfähig war [3]), wenngleich später zahlungsunfähig wird. Daß die Zahlungsfähigkeit zu der betreffenden Zeit noch vorhanden gewesen sey, muß der sie vorschützende Beklagte beweisen [4]). — Hat ein Vormund das Recht, die Abtretung der Klage von dem Mündel zu fordern, so kann er dieß nicht nur noch dann, wenn schon das Urtheil gegen ihn rechtskräftig ist, sondern er kann auch ohne Cession

gotia quae per eos administrata sunt, principali loco conveniri debere." — l. 1. C. si tut. v. cur. reip. caus. aberit (5. 64.)

1) l. 1. §. 13. D. de tut. et rat. (27. 3.) l. 2. C. de contr. jud. tut. (5. 58.)

2) l. 55. §. 2. D. de adm. tut. (26. 7.) Denn im ersten Falle muß er wegen des von ihm zu gebenden Auftrags zuvor von der Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit des Beauftragten sich hinreichend überzeugen; im andern Falle liegt in seiner Handlung ein stillschweigender Auftrag.

3) Denn es ist nun die Schuld des Nachfolgers in der Vormundschaft oder des bisherigen Mündels den vorzugsweise haftenden nicht sofort ausgeklagt zu haben. l. 53. D. eod. l. 5. C. in quib. cas. tutorem v. cur. habenti tut. (5. 36.) l. 1. C. de divid. tut. (5. 52.)

4) l. 3. C. de probation. (4. 19.)

eine actio utilis gegen seine Mitvormünder [1]) gebrauchen, ausgenommen, wenn er wegen dolus oder eigentlicher Contumaz belangt wird [2]). — Wegen der Verpflichtung jedes einzelnen Vormundes für das Ganze, kann er vom Mitvormunde Auskunft über seine Verwaltung fordern, und wenn diese verweigert wird, denselben als suspect postuliren [3]).

B. Bei besonderen Anordnungen.

§. 769.

Soll zwischen mehreren gleichzeitigen Vormündern eine besondre Anordnung wegen der Verwaltung getroffen und einer als gerens [4]) ausgewählt werden: so soll nach Röm. Rechte derjenige den Vorzug haben, welcher unter mehreren, die keine Bürgschaft zu machen schuldig sind, dennoch Bürgschaft [5]) anbietet; ein Satz, der nach der allgemeinen Bürgschaftsverordnung des deutschen Rechts nur da einen praktischen Werth haben kann, wo man dieses neuere Gesetz im Uebrigen nicht ordentlich beobachtet. Sodann ist auf die Anordnung des Vaters oder Testirers zu sehen [6]), welche sich über diesen Punct in dem betreffenden letzten Willen findet. Doch hat diese letztwillige Verordnung nicht die Wirkung, daß die Obervormundschaft aus erheblichen

1) l. 1. §. 13. 18. D. de tut. et rat. (27. 3.) l. 2. fin. C. de contr. jud. tut. (5. 58.) Archiv f. d. civ. Praxis. Bd. 7. Nr. 6.

2) l. 38. §. 2. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 1. §. 14. D. de tut. et rat. (27. 3.)

3) l. 19. D. de adm. tut.

4) Drängt er sich auf, so muß er für jede culpa haften. l. 53. §. 3. D. de furt. (47. 2.)

5) §. 1. I. de satisdat. tut. (1. 24.) l. 53. §. 3. D. cit. l. 4. C. de tut. v. cur. qui sat. non ded. (5. 42.)

6) §. 1. I. cit. l. 3. §. 1. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 14. §. 1. D. de solut. (46. 3.)

Gründen [1]) nicht davon abweichen könnte, und noch weniger braucht der im Testamente zum gerens ernannte Vormund die alleinige Verwaltung anzunehmen [2]). Folgt hieraus kein genügender Schluß, so kommt es auf die Stimmenmehrheit der sämmtlichen Mitvormünder an und wollen diese eine besondre Anordnung nicht treffen, sondern gemeinschaftlich verwalten, so muß ihnen darin gewillfahrt werden [3]). Sollten sie über die Verwaltungseinrichtung gar nicht mit einander einig werden können, so tritt endlich obrigkeitliche [4]) Entscheidung ein. Ist ein Vormund bloß dazu bestimmt, der Rathgeber der übrigen zu seyn, und sind diese an seinen Rath gebunden, so heißt er tutor notitiae causa datus [5]), er mag für alle Geschäfte oder nur für einen Zweig derselben bestellt seyn; was alsdann ohne seine Einwilligung geschieht, wenn es in den ihm angewiesenen Wirkungskreis schlägt, ist ungültig [6]). — Ist einer der Vormünder gerens und die übrigen sind honorarii: so kann zwar der gerens für sich allein gültig handeln, und ist nicht an die Genehmigung der übrigen honorarii gebunden; jedoch steht diesen, da sie für die Verwaltung auch haften müssen, nach allgemeinen Grundsätzen das Recht zu, gegen eine beabsichtigte Handlung des gerens zeitig Einspruch zu thun. Sie haben die Pflicht einer beständigen Aufsicht über den tutor gerens und selbst dem

1) l. 3. §. 3 — 5. D. de adm. tut. (26. 7.)

2) l. 3. §. 7. D. eod. Denn es heißt hier: „aut gerere nolet.“

3) §. 1. I. cit. l. 19. §. 1. D. de test. tut. (26. 2.) l. 3. §. 6—9. D. de adm tut. (26 7.)

4) l. 3. §. 7 D. eod. §. 1. I. cit. l. 14. §. 1. D. de solut. (46. 3.)

5) Dieser hat die Pflicht, mit seinen Kenntnissen seine Collegen zu unterstützen. l 1. C. de peric. tut. (5. 38.) l 32. §. 1. D. de test. tut. (26. 2.) l. 14. §. 6. D. de solut. (46 3.)

6) l. 47. pr. D. de adm. tut. (26. 7.)

tutor notitiae causa datus liegt sie ob [1]), auch kann sowohl ihm als den honorariis gültig Zahlung geleistet werden [2]). Ist die Verwaltung nach verschiedenen Fächern vertheilt: so kann jeder gerens nur in seinem Fache gültig handeln und auctoritas interponiren [3]). — Bei der Theilung der Vormundschaftsverwaltung in geographische Districte besorgt jeder Vormund die Geschäfte seines Districts dergestalt allein, daß ihn die der andern Vormünder gar nicht angehen und er auch nicht tutor honorarius in Rücksicht der andern ist [4]). Nur die eine Verbindung findet unter ihnen [5]) Statt, daß, wenn in des Einen Bezirk Etwas vorkommt, das dem Andern wichtig oder nützlich seyn kann, Jener Nachricht davon geben muß. — Haben die Vormünder unter einander eine Geschäftstheilung vorgenommen: so brauchen sich die Gläubiger des Mündels daran nicht zu kehren, sondern können nach Belieben einen der Vormünder belangen [6]). Daraus folgt aber auch, daß Jemand, der von einem Vormunde belangt wird, mit einer Forderung compensiren kann, welche in die Abtheilung eines andern Vormundes gehört. — Die

1) l. 3. §. 2. l. 4. D. eod. l. 3. §. 5. D. judic. solvi (46. 7.) l. 1. C. de peric. tut. (5. 38.)

2) Wenn nicht ihnen obervormundschaftlich die Administration untersagt worden ist. l. 14. §. 1. 6. D. de solut. (46. 3.) Noodt comm. ad P. lib. 26. t. 8. v. Grolman u. v. Löhr, Magazin. Bd. 3. Nr. 1. §. 7.

3) l. 5. C. de auct. praest. (5. 59.) — „ubi nondum divisa est administratio, vel pro regionibus, vel pro substantiae partibus.“ l. 4. D. de auct. tut. (26. 8.) Die l. 49. D. de acquir. v. omitt. (29. 2.) ist davon entweder eine singulare Ausnahme bei der Erbschaftsantretung; oder es ist dabei der Fall zu verstehen, daß der gerens dem honorarius Auftrag ertheilte, die auctoritas zu interponiren; oder der Interponirende hätte gerens seyn können, sich aber bisher aller Administration enthalten haben.

4) l. 100. D. de solut. (46. 3.) l. 3. §. 7. D. jud. solvi (46. 7.) l. 2. C. si ex plur. tut. v. cur. omnes (5. 40.)

5) l. 47. §. 2. D. de adm. tut. (26. 7.)

6) l. 36. l. 47. §. 7. D. eod.

besondre Anordnung in der Geschäftsverwaltung ist nicht ohne Folgen für die Gefahr des Vormundes. Grundsatz ist, daß der wirkliche gerens in seiner Geschäftsabtheilung immer haftet und es wird mithin nur zu untersuchen übrig bleiben, wie weit auch derjenige haftet, der nicht gerens ist. Bei der Eintheilung der Verwaltung in geographische Districte [1]) haftet der Einzelne lediglich für die Angelegenheiten seines Districts. — Ist durch einen Privatvertrag der Mitvormünder der eine von ihnen gerens und jeder der übrigen honorarius: so sind die letztern von der Verantwortlichkeit nicht im Geringsten befreiet, sondern haften ebenso, als wenn sie die ungetheilte Verwaltung mit einander führten [2]). Ist aber durch eine testamentarische oder obervormundschaftliche Verfügung einer der Vormünder zum gerens erwählt: so haftet zunächst und vor den übrigen dieser allein; die honorarii aber und notitiae causa dati haften bloß, wenn sie ihre besondre Pflicht versäumt, also (was auch von den letztern gilt) die erforderliche Aufsicht über den tutor gerens nicht angewandt oder nicht zeitig auf dessen nöthig gewordene Absetzung angetragen haben [3]). Diese Nebenvormünder können übrigens erst alsdann belangt werden, wenn der Bürge und der Magistrat vergebens ausgeklagt worden ist [4]).

1) l. 2. C. de peric. tut. (5. 38.); et arg. l. 2. C. de divid. tut. (5. 52.)

2) l. 5. D. de magistr. conv. (27. 8.) l. 2. fin. l. 3. C. de div. tut. (5. 52.)

3) l. 3. §. 2. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 12. D. rem pup. salv. fore (46. 6.) l. 2. C. cit. l. 1. C. si tut. v. cur. non gesserit (5. 55.) l. 1. C. de peric. tut. (5. 38.)

4) l. 1. §. 15. D. de tut. et rat. (27. 3.) l. 46. §. 6. D. de adm. tut. (26. 7.)

II. Mehrerer auf einander folgenden Vormünder.

§. 770.

Es folgt zwar schon aus den allgemeinen Grundsätzen, mag aber doch besonders angeführet werden, daß jeder Vormund, welcher nach Abgang eines andern eintritt, für diesen keineswegs haftet [1]), es sey denn, daß er die Verantwortlichkeit [2]) für die Handlungen desselben beim Antritt der Vormundschaft übernimmt. Der Vorgänger wird dadurch befreiet [3]). Ist aber der neue Vormund zur Zeit der Uebernahme der Verbindlichkeit seines Vorgängers nicht zahlungsfähig: so kann sich nach allgemeinen Regeln der Mündel immer noch wegen der vom Nachfolger übernommenen Ansprüche an den Vorgänger halten. — Der abgehende Vormund haftet für seinen Nachfolger nicht [4]).

Sechster Titel.

Von Unzulässigkeit gewisser Handlungen des Vormundes.

§. 771.

Um das Interesse des Vormundes mit dem des Mündels weniger in Collision kommen zu lassen, ist die Cession von Forderungen [5]), die Jemand gegen den Pflegbefohlnen hat, an den Vormund verboten, sowohl während als nach Aufhebung der Vormundschaft und die cedirte Forderung soll zum Vortheil des Mündels im Fall einer solchen Cession aufgehoben seyn [6]). — Zur Vermeidung eines Zu-

1) l. 35. D. de adm. tut. (26. 7.)
2) l. 44. pr. D. eod.
3) l. 19. D. de tut. et rat. (27. 3.)
4) l. 43. pr. D. de adm. tut. (26. 7.)
5) s. §. 764.
6) Nov. 72. c. 5. §. 1. Mühlenbruch Cession d. Ford. R. §. 32.

sammentreffens der Ansprüche des Fiscus mit denen des Mündels soll der Vormund vom Fiscus Grundstücke oder Zölle nicht pachten ohne sein vormundschaftliches Amt anzuzeigen; im Uebertretungsfalle aber seine Pacht verlieren und als falsarius bestraft werden [1]).

Dritter Abschnitt.

Von den Nichtvormündern, welche als Vormünder handeln.

§. 772.

Handelt Jemand bona oder mala fide als Vormund, ohne es wirklich zu seyn [2]), so würde a) im Verhältniß zum Pflegling das Recht der negotiorum gestio gelten; der Prätor aber behandelt den Nichtvormund als **protutor**, pro tutore gerens (gleichbedeutend mit falsus tutor), und giebt actio protutelae, vorausgesetzt, daß der Pflegling in der Lage war, eines Vormundes zu bedürfen [3]), und bei dem Geschäftsführer die Fähigkeit zur Vormundschaft vorhanden war [4]), dann aber ohne Unterschied, ob der Nichtvormund sich für den Vormund hielt, oder wußte, daß er es nicht sey [5]), z. B. vor Antritt seiner wirklichen Vormundschaft. Der Protutor hat die nämliche Verbindlichkeit, wie der Tutor [6]), nur daß, wenn er weiß, daß er nicht Vormund ist, er jede culpa prästirt [7]), und daß

1) l. 49. D. loc. cond. (19. 2.) l. un. C. ne tut. vectig. cond. (5. 41.) Cujacii Parat. ad C. lib. 5. tit. 41.

2) Archiv f. d. civ. Praxis, I. 18. 19.

3) l. 1. §. 6. D. de eo, qui pro tut. (27. 5.)

4) l. 4. C. qui dare tut. poss. (5. 34.)

5) l. 1. §. 1. D. de eo, qui pro tut.

6) l. 1. pr. l. 4. D. eod.

7) l. 53. §. 3. D. de furtis (47. 2.) l. 4. D. de eo qui pro tut. (27. 3.)

er immer nur für die Geschäfte haftet, in welche er sich einmischte. Unterläßt er Geschäfte, die ein Vormund hätte besorgen müssen, so haftet er nur, wenn ihm bewiesen wird, daß er Andre von der Geschäftsannahme abgehalten hat, oder wenn er bei seinem Abgange unterläßt die Bestellung eines andern Vormundes zu veranlassen [1]). Er kann auch eben so wie der Tutor Entschädigung fordern [2]). Die Klage von beiden Seiten ist die actio protutelae [3]), welche zu jeder Zeit wegen der gesammten Administration Statt findet [4]). — b) Im Verhältniß zu Dritten zeigt sich der Nichtvormund als falsus tutor [5]), und seine Handlungen sind unverbindlich für den Pflegling, wenn nicht die Obrigkeit sie confirmirt [6]). Damit indessen der unwissende Dritte nicht zu Schaden komme, gilt α) gegen den Pflegling eine Restitutionsklage auf dasjenige, was durch den falsus tutor in seine Hände kam [7]); β) gegen den falsus tutor, wenn er in mala fide ist [8]), eine actio in factum auf Schadensersatz [9]), welche aber als prätorische Delictsklage nur Ein Jahr dauert und nicht gegen den Erben gehet [10]). c) Wer in der Zwischenzeit, wo der Eintritt der Vormundschaft unentschieden ist, als Vormund handelt, handelt eigentlich pro tutore, wird aber, wenn es zur Vormundschaft kommt, rückwärts als Vormund angesehen; im umgekehrten Falle gilt er bloß als negotiorum gestor [11]).

1) l. 1. §. 9. D. eod. l. 39. pr. §. 2. D. de adm. tut. (26. 7.)

2) l. 1. §. 8. l. 5. D. eod.

3) l. 1. pr. §. 6. 8. l. 5. D. eod.

4) l. 1. §. 3. D. eod. l. 26. D. de adm. tut. (26. 7.) l. 1. §. 3. D. de contr. tut. act. (27. 4.)

5) l. 2. D. de eo, qui pro tut. Der Dritte braucht ihn natürlich nicht als Vormund gelten zu lassen, sondern kann die Legitimation verlangen, l. 2. C. eod. (4. 45.) Ueber die Synonymen falsus tutor und pro tutore s. Voorda Thes. controv. dec. 26. §. 5—9. Voet comm. ad Pand. lib. 27. tit. 5. 6.

6) l. 1. §. 5. D. quod falso tut. auct. (27. 6.)

7) l. 1. §. 6. l. 2—5. D. eod.

8) l. 7. §. 1. D. eod.

9) l. 7. pr. l. 9. pr. D. eod.

10) l. 9. §. 1. D. eod.

11) l. 29. D. de negot. gest. (3. 5.) l. 19. §. 2. D. de test. tut. (26. 2.)

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Schweppe, Albrecht,

Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung

Bd.: 4

Göttingen 1832

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.83(3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703159-7